

NOTICIAS DE LIBROS

CRUZ VILLALÓN, PEDRO; GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO DIEGO Y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MIGUEL: *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergabum, Sevilla, 1999, 79 págs.

En 1998, la Facultad de Derecho de Sevilla celebró un breve ciclo de conferencias en el que tres destacados profesores de la casa, todos ellos vinculados al Tribunal Constitucional, reflexionaron sobre la Constitución. El libro reseñado recoge estas ponencias impartidas por el actual Presidente del Tribunal Constitucional, Pedro Cruz Villalón, por su antecesor en el cargo Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y por el magistrado Julio D. González Campos. Los tres textos ahora compilados abordan distintos aspectos relacionados con la Constitución, pero todos ellos suscitan cuestiones de evidente interés y son, hasta cierto punto, complementarios, porque nos presentan algunos de los lados de esa realidad poliédrica que es la Constitución, cuyo origen y permanencia precisa de una —necesaria y fundamentadora— cultura constitucional, cuyo fin último es garantizar los derechos fundamentales —y en este punto presenta evidente interés el sugerente mecanismo previsto en el artículo 10.2 CE— y asegurar así una sociedad cada vez más fuerte y, sobre todo, más libre.

El profesor Cruz Villalón dedica su intervención a la Constitución y a la cultura constitucional. Tras poner de manifiesto como el uso y el abuso del término *inconstitucionalidad* no es síntoma de la debilidad de la Constitución, sino, bien al contrario, de su fortaleza (pág. 15), afirma que la Constitución española de 1978 propone un determinado sistema político que, desde un punto de vista material, se integra a través de la afirmación de los derechos fundamentales, la organización de la democracia representativa y una pauta de estructuración del territorio.

La Constitución puede ser entendida como un texto jurídico y también como una manifestación de la cultura constitucional, categoría que tiene mucho que ver con la socialización de las categorías constitucionales (con el *government by public opinion*), con la cultura política y es que la cultura constitucional no surge de espaldas a la historia, aunque tampoco se agota en ella (pág. 24). Aunque la cultura constitucional es

hoy tendencialmente universal —como muestra nuestra propia transición política y la descentralización territorial prefigurada en nuestra Constitución—, presenta algunos anacronismos (que podrían ser resueltos a través de la reforma constitucional, para superar los silencios relacionados con el proceso europeo de integración —UEM incluida— y la reforma del Senado) y deficiencias en nuestro país (como son las referidas a la falta de aceptación del Jurado o a la integración de la composición del Tribunal Constitucional).

Y es que hay quienes piensan que la Constitución es una ley y también quienes piensan que la Constitución es cultura... cuando la cultura es Constitución. El aserto final, que ahora se añade, no encierra un mero juego de palabras; sirve para afirmar que nuestra cultura presenta una naturaleza marcadamente jurificada y, como tal, constitucionalizada. Dicho en otros términos, la interiorización cultural de la Constitución no la desjurifica sino que, por el contrario, es la propia cultura la que, como cultura jurídica, devuelve, si preciso fuera, juridicidad a la Constitución (pág. 28).

La sociedad de los iguales, que es al mismo tiempo la sociedad de la diferencia, encuentra de forma paradigmática su reflejo en la Constitución (pág. 28). La nuestra es una cultura que reclama Constitución, porque reclama derecho, en sentido objetivo, y derechos, en sentido subjetivo, porque reclama igualdad y porque reclama libertad; en suma, una cultura de Constitución (pág. 29).

Julio Diego González Campos analiza el artículo 10.2 CE desde un punto de vista histórico y, sobre todo, jurídico-constitucional. Desde la primera perspectiva citada, el autor se limita a recordar que el precepto constitucional examinado supone, al igual que el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa, un reencuentro de estos países con los derechos humanos, tras sufrir sendas largas dictaduras.

El estudio jurídico constitucional debe verse precedido por el estudio de algunas cuestiones instrumentales. Así, de un lado, es pertinente examinar cuál es el grado de correspondencia existente entre los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal, porque el artículo 10.2 CE solamente opera cuando un derecho fundamental encuentra reflejo en el Tratado internacional, siendo en este punto especialmente relevante la ausencia en nuestra Carta constitucional del derecho a la autodeterminación de los pueblos. Pero también es necesario, de otro, aclarar el sentido y alcance de la remisión, plural y abierta (L. Martín Retortillo), del artículo 10.2 CE, realizada en favor de otros «tratados y convenios internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», y que es aplicable a los Acuerdos suscritos antes y después de la entrada en vigor de la Constitución, como se deduce de la abundante jurisprudencia constitucional en este punto (*vid.*, págs. 43-45). Ahora bien, en tales casos el intérprete deberá tomar en consideración las reservas que, en su caso, haya formulado el Estado español y excluir del ámbito de aplicación del artículo 10.2 CE las cláusulas convencionales que establezcan límites o restricciones al ejercicio de los derechos.

Despejadas así las cuestiones instrumentales, Julio Diego González Campos se adentra en el estudio jurídico-constitucional del artículo 10.2 CE y articula su argumentación en torno a dos tesis. La primera es que el precepto constitucional contiene

un *mandato* en orden a la interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, que opera en el momento de la determinación, por vía interpretativa, del contenido y alcance del derecho o libertad constitucionalmente reconocido, imponiendo al Tribunal una tarea adicional: «La de confrontar o contrastar el resultado alcanzado en su interpretación con el que se desprende del examen de la normativa internacional sobre derechos humanos» (pág. 48, aunque no se actuará así en la STC 64/1994).

La segunda tesis patrocinada por Julio Diego González Campos es que, como el artículo 10.2 CE hace que el contenido de las normas internacionales se convierta en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades del Título I CE (STC 36/1991/5), «cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o Convenios...» se infringe el precepto constitucional que enuncia el concreto derecho fundamental afectado (STC 120/1990/5, entre otras). De esta forma, las normas internacionales sirven de respaldo eficaz a los derechos fundamentales porque actúan como una cláusula de garantía de su contenido y alcance, y obligan a mantener un consenso político —un mínimo denominador común— respecto de los derechos fundamentales. En definitiva, «el Derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del artículo 10.2 CE, se convierte, por así decir, en el *garante externo* del contenido de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de nuestra Constitución» (pág. 54).

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer se cuestiona en *Constitución y sociedad civil* si la propuesta de transformación de la sociedad que toda Constitución encarna, que pretende lograr una sociedad más libre, se ha operado o no. Lo cierto es que la Constitución ha penetrado en el Derecho privado a través del reconocimiento normativo de una serie de derechos fundamentales, que no se limitan a servir de base al sistema político, sino que también estructuran y dotan de contenido a las instituciones jurídico-privadas. Este fenómeno se ha visto potenciado a través del reconocimiento de la eficacia horizontal de tales derechos promovido por Nipperdey o, como el autor prefiere, por el reflejo de tales derechos fundamentales en los distintos sectores del ordenamiento, o aún por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

El propio modelo de Estado social de Derecho en el que se inscribe nuestra Constitución implica, de un lado, que la consecución de los fines de interés general no es asumida exclusivamente por el Estado, sino que responde a una acción mutua Estado-sociedad (que difumina la dicotomía Derecho público-Derecho privado) y supone, de otro, que los derechos fundamentales imponen actuaciones positivas tanto al legislador como a los poderes públicos. De esta forma es posible apreciar, en primer lugar, que algunas instituciones jurídico-privadas se ven ahora condicionadas por el reconocimiento de determinados derechos fundamentales, como ocurre con la familia —cuya regulación debe partir hoy de la igualdad de todos los hijos—, la protección de los consumidores y las condiciones generales de contratación. Los contratos de trabajo, por ejemplo, se ven condicionados por el reconocimiento de los derechos de índole laboral —huelga y libertad sindical— y por la afectación matizada en dicho ámbito de otros

derechos —como son la intimidad, la libertad ideológica y, en menor medida, el principio de igualdad (STC 54/1995)—. Pero también puede apreciarse cómo, en segundo lugar y desde un punto de vista más general, se ha superado la tradicional orientación economicista y patrimonial del Derecho privado (en cuyo seno, por cierto, bueno es recordarlo, se originaron los denominados *derechos de la personalidad*).

«La Constitución, en suma, permite y supone una sociedad civil más fuerte y más libre, y para ello la Constitución se ha *civilizado*, ha asumido y hecho suyos valores cíviles, como el mantenimiento y aseguramiento de la personalidad del ser humano, el respeto de una esfera de autodeterminación responsable enmarcada y protegida por los derechos fundamentales también para posibilitar un mayor espacio de dignidad y de libertad» (pág. 78). Precisamente, la ampliación de la esfera de la autodeterminación y libertad personal se pretende conseguir a través de la *tercera vía*, promovida en Gran Bretaña, que no pretende sustituir la voluntad individual, sino crear las condiciones para que la misma pueda ejercerse sin condicionamientos ni trabas, constituyendo una alternativa tanto a la concepción pasiva e individualista, propia del liberalismo, como a la posición activa y colectivista de la libertad asegurada por intervenciones administrativas que sustituyen y, en ocasiones, marginan la voluntad y aspiración de los individuos. Se trata, en definitiva, de lograr un ejercicio efectivo de la autodeterminación responsable, empeño que no corresponde solamente a los poderes públicos, sino a todos, para alcanzar así la sociedad democrática avanzada que nuestra Constitución sigue propugnando.—*Francisco Javier Matía Portilla*.

DI FABIO, UDO: *Das Recht offener Staaten*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, 172 págs.

El acervo conceptual que surge con el nacimiento de los Estados nacionales sigue siendo, todavía hoy, un referente indispensable para la doctrina iuspublicista. Sin embargo, dicho instrumental se encuentra envuelto en la actualidad en un ambiente radicalmente distinto al que sirvió de cuna a los modernos Estados. Si éstos surgieron en un contexto de autoafirmación interna y externa, su apertura actual, hacia el interior y hacia el exterior, exige, como destaca el autor del libro del que damos noticia, una nueva teoría del poder público. Udo Di Fabio, profesor de Derecho Público e Historia Constitucional de la Universidad de Munich, sitúa el fundamento tradicional de los Estados frente a las nuevas formas de actividad estatal. Analiza las exigencias de la integración europea y el proceso de descarga de funciones públicas en manos de particulares y se pregunta qué consecuencias pueden extraerse de ello para la democracia, el Estado de Derecho y la interpretación de los derechos fundamentales. El resultado se materializa en un sugerente estudio sobre los problemas más actuales del ejercicio del poder público, en el que se describe el progresivo desplazamiento del Estado hacia la Sociedad, no como una crisis del mismo, sino como una transformación de los equilibrios existentes entre los diversos subsistemas sociales —Política, Derecho, Cultura,

Economía, Estado, etc.—. En este sentido, está presente, a lo largo de toda la obra, el universo luhmanniano de la teoría de sistemas. Esta perspectiva explicativa se encuentra perfectamente equilibrada con el grado de conocimiento de la realidad jurídica descrita, fruto de la doble formación científica del autor —Doctor en Derecho y Licenciado en Sociología—.

La monografía está estructurada en una introducción y nueve capítulos. En el primer capítulo —*Introducción a la teoría del Estado y su objeto*— el autor realiza algunas precisiones metodológicas en las que destaca la pérdida de la capacidad explicativa global del Derecho público, frente a su especialización, y la necesidad de depurar el significado actual de determinados conceptos —pueblo, ciudadano, democracia, soberanía, etc.—, que son fundamentales en cualquier elaboración dogmática del Derecho y que tienen su origen en la Ciencia Política y en la Filosofía del Estado. Para dar respuesta a esta necesidad, en el capítulo segundo, bajo la rúbrica, *La independencia de la política como fundamento de la moderna idea de Estado*, ofrece una lectura de la teoría del Estado, tal y como ésta ha tenido lugar desde el siglo XVI, según los conceptos ofrecidos por Niklas Luhmann. La afirmación teórica del Estado, a través, por un lado, de su diferenciación frente a los demás subsistemas sociales y, por el otro, de la justificación doctrinal de su poder «de adoptar decisiones vinculantes para la colectividad», viene seguida de la juridificación y de la materialización estructural de los elementos que legitiman dicho poder. Los mecanismos de inclusión, elección y representación constituyen, en esta línea, instituciones jurídicas primarias en orden a la justificación del Estado. Los elementos de delimitación horizontal y vertical del poder y, en el plano individual, la idea de la persona y los derechos individuales, son calificados de justificaciones secundarias del Estado. La plasmación de los elementos mencionados en las Constituciones modernas, a través de la instauración de la democracia, los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales, permiten definir al Estado como la «corporeización de la dualidad estructural entre Política y Derecho». Estos aspectos son tratados en los tres siguientes capítulos, dedicados, respectivamente, a *La democracia en el Estado*, *El Estado de Derecho*, y *Los derechos fundamentales*.

La democracia, según el profesor Di Fabio, se instaura con la finalidad de hacer soportable —o de eliminar— el monopolio de poder estatal mediante la inclusión de quienes se encuentran sometidos al mismo. Con el tiempo, esta institución se articula a través del acoplamiento de tres subsistemas sociales: la política, la opinión pública y la conciencia individual. La opinión pública deviene, desde este punto de vista, la instancia de mediación entre los dos subsistemas anteriores, puesto que es el foro en el que el Estado hace públicas sus decisiones y la sociedad formula sus exigencias. Según ello, el perfil de la opinión pública afecta, irremediablemente, al funcionamiento y al desarrollo de la democracia. Con estos presupuestos se advierte que en los sistemas democráticos actuales —debido a la internacionalización de las empresas de noticias y de sus contenidos, la simplificación de los mensajes políticos y la vinculación de los temas públicos a catástrofes y escándalos puntuales— se corre el riesgo de que «en lugar del pueblo gobierne la casualidad».

El capítulo dedicado al Estado de Derecho sigue un esquema paralelo al anterior.

Se nos recuerda en primer lugar que en los Estados europeos esta noción se presentó como la forma de dominio de la ley o como el modo a través del cual el ejecutivo monárquico podía ser controlado democráticamente por los ciudadanos. La evolución posterior de este principio se materializa en una serie de postulados —primacía de la ley, vinculación de la Administración a la ley, etc.— que son recogidos hoy en todas las Constituciones, en forma de principios estructurales del Estado o en forma de derechos fundamentales. A pesar de ello, en la actualidad, dicho principio se encuentra seriamente lesionado debido, por un lado, al carácter difuminado de los contornos de la Administración y, por el otro, a la pérdida de soberanía del legislador parlamentario.

En el capítulo quinto el profesor Di Fabio aborda el análisis de los derechos fundamentales desde dos perspectivas diversas pero complementarias: su significación histórica —desde el Humanismo hasta la actualidad— y su interpretación. Los derechos fundamentales, como reflejo e instrumento de la separación entre el Estado y la Sociedad, constituyen, en la teoría clásica, un ámbito esencial indisponible para los poderes públicos. Cuando el Estado y la Sociedad dejan de ser dos realidades enfrentadas, los derechos individuales permanecen como garantía de la dignidad, no frente al Estado sino frente a la colectividad y sus decisiones; en otras palabras, aseguran la distancia entre el poder estatal y social y la libertad individual. Como en los capítulos anteriores, el autor enfrenta estas construcciones teóricas con su aplicación por parte de los poderes públicos, en este caso con la interpretación de los tribunales. Y son muchos los atentados que se advierten, debido, fundamentalmente, a la objetivación de los derechos fundamentales y a la confusión de los mismos con la obligación de promoción social de los Estados.

Las instituciones analizadas —democracia, Estado de Derecho, derechos fundamentales—, su significación actual y la metodología utilizada, adquieren especial sentido cuando se exponen, en el capítulo sexto, a la luz de la *transformación del ejercicio del poder estatal*. Esta transformación tiene lugar con especial intensidad en el ámbito del Derecho administrativo. El protagonismo de la política en este ámbito y la relación de dependencia creada entre la sociedad y las prestaciones estatales ha dado lugar a una hipertrofia considerable del volumen de la legislación y de la organización administrativa. Es obvio que esta multiplicación orgánica y el establecimiento de diversos planos competenciales, conllevan una pérdida de coherencia del Estado. Sin embargo, este proceso ha sido inevitable, debido al imparable aumento de las obligaciones estatales. De hecho, para llevar a cabo estas obligaciones, el Estado necesitó tempranamente la colaboración de las fuerzas sociales, como lo demuestra el papel que han desempeñado las instituciones de autoadministración en el cumplimiento de funciones públicas. Sin embargo, este fenómeno de desplazamiento del Estado hacia la Sociedad se ha acentuado en los últimos años, debido a la continua proliferación del número de leyes y de obligaciones públicas, las frecuentes regulaciones de detalle a las que se ve sometida la Administración, la complejidad del Derecho a raíz de la entrada de la técnica y las ciencias, el asentamiento de objetivos contradictorios y la imposibilidad de limitar los amplios márgenes de discrecionalidad administrativa. Entre las manifestaciones actuales de este desplazamiento destacan la masiva utilización de instrumentos de cooperación

entre el Estado y otros subsistemas sociales, y el establecimiento de diversos mecanismos de autorregulación social. Estas nuevas formas de ejercicio del poder estatal afectan, naturalmente, al funcionamiento y a la comprensión misma de las instituciones básicas del Derecho Público. A nivel externo, y en el ámbito comunitario en particular, la cooperación entre Estados comporta una pérdida del protagonismo de los parlamentos a favor de los gobiernos y de los partidos políticos. En el ámbito interno, la cooperación en el ejercicio de funciones públicas, al igual que la elección democrática, puede conceptuarse como un mecanismo de inclusión de la Sociedad en el sistema político estatal. Sin embargo, la inclusión a través de la cooperación —interestatal y supraestatal— puede encontrarse en contradicción con el principio democrático —inclusión a través de la elección—. Las estructuras cooperativas mediatizan la formación de la voluntad democrática. Cuando, en aplicación o concreción de la ley, se utilizan estructuras cooperativas, el legislador debe limitarse a la descripción de finalidades generales y dejar un margen para la cooperación, de modo que el principio democrático se encuentra debilitado en su conjunto, no solamente porque el parlamento renuncia a una parte de la regulación interna, sino también porque los reglamentos generales pierden influencia frente a la regulación autónoma y la autorregulación. También se pierden los contornos de la democracia cuando la cooperación se introduce en los parlamentos y se revisten en forma de ley los acuerdos adoptados entre los ejecutivos y las asociaciones económicas y culturales, o, en definitiva, los representantes de otros subsistemas funcionales.

La recopilación de todos los datos apuntados hasta el momento muestran que se ha producido una transformación esencial tanto en los mecanismos de justificación primaria y secundaria de los Estados como en el ejercicio del poder público. Ello impone un *cambio de comprensión del modelo teórico de Estado*. En este sentido, el autor ofrece una serie de propuestas. Para empezar, sugiere que la Administración deje de ser entendida como un órgano burocrático al servicio de la aplicación de la ley, para ser conceptuada jurídicamente como un «negociador de los objetivos generales de la ley» a través de la cooperación con los ciudadanos. Naturalmente, ello comporta una ruptura fundamental en la relación tradicional entre Política y Derecho. El Derecho sigue siendo definitivo para la Administración, pero debe ser conceptuado como un límite o como una frontera de negociación y no como un vínculo positivo. El profesor Di Fabio sostiene que este nuevo modelo no comporta ni puede ser definido como una crisis del Estado. Se trata, esto sí, de una crisis de la diferenciación entre el Estado y la Sociedad, que se encuentra en la base de dicha noción.

En el capítulo octavo, bajo el título *Teoría del Estado transmoderna*, se somete a prueba la noción de soberanía en el marco de los «Estados abiertos», poniéndose de manifiesto la fascinación del profesor Di Fabio por los logros de la Unión Europea y los retos por ella planteados. La soberanía es calificada, en este contexto, como «el principio y el fin del Estado moderno». El autor expone, desde una perspectiva histórica, la esquizofrenia que debió soportar este concepto, formado a la medida de los soberanos absolutos, cuando fue trasladado a los parlamentos como corporeización de la nación. En cualquier caso, en la actualidad, la soberanía, entendida como el «último es-

calón normativo del monopolio de poder», entra en crisis desde diversos flancos» el crecimiento de las instancias decisorias a nivel vertical; la cooperación como medio de codecisión a nivel horizontal; la reclamación de mecanismos de democracia directa; la pérdida de significación de la ley parlamentaria; o la influencia negativa de los medios de comunicación en la formación de la voluntad del pueblo. En este punto la monografía se convierte casi en una obra de suspense. Todos los elementos apuntados por su autor parecen aconsejar la renuncia a la idea de soberanía. El mismo profesor Di Fabio se pregunta: «¿No es esta idea la que enemistó a los pueblos? ¿No es el Estado soberano en esencia totalitario?» Y constata: «De hecho, la renuncia a la idea de soberanía suena hoy como una liberación». Sin embargo, resulta que la soberanía es «la única piedra en la construcción de la moderna idea de Estado que no puede ser movida sin que se derrumbe toda la estructura». Con ello quedan abiertas dos opciones: renunciar a la idea de Estado —lo cual, como podemos imaginar, no es considerado como la solución más acertada—; o mejorar la organización, las competencias y la capacidad de respuesta de los poderes públicos. En este orden de consideraciones, la reconstrucción de la teoría del Estado debe partir del hecho de que los ciudadanos son miembros de diversas comunidades políticas, que ello impone profundizar en los mecanismos de cooperación, y que el Estado deja de ser corporeización de la dualidad estructural entre Política y Derecho para dar entrada a otros acoplamientos de subsistemas, entre los que destaca la relación entre la Economía mundial y las Uniones de Estados.

El último capítulo se dedica a las nociones de *Estado*, *Derecho* y *Justicia*. En él el autor retoma algunas de las ideas expresadas con anterioridad acerca del papel de la opinión pública en las decisiones políticas y apunta el peligro de que se trasladen los mismos problemas al ámbito de las decisiones judiciales. Frente a ello defiende que la justicia debe ser llevada al Estado a través de las técnicas propias del Derecho: la ordenación y sistematización de las decisiones vinculantes, la preservación de las formas, el control formal de los casos individuales y la igualdad en la aplicación de las normas. En este sentido, la aplicación del Derecho debe separarse tanto de la política como de la opinión pública, puesto que de no ser así se corre el peligro de la irrupción de argumentaciones de procedencia moral, científica o económica y de perder «su cultura interpretativa a favor del caos». La ciencia jurídica, en definitiva, debe afirmar mejor el control sobre sus propias argumentaciones, con el fin de «abrir el Derecho a nuevas exigencias pero mantenerlo cerrado a influencias negativas para el propio sistema».—*Mercè Darnaculleta Gardella*.

PARK, JOHN JAMES: *Los dogmas de la Constitución (1832)*. Estudio Preliminar y edición de Joaquín Varela Suanzes, Istmo, Madrid, 1999, 166 págs.

Aunque ignoro si la curiosidad mueve el mundo, confieso que en ella se encuentra el origen de la presente reseña, dedicada a un autor inglés hasta el momento desconocido para mí, John James Park, y a un libro escrito en la primera mitad de la centuria

pasada, cuyo título no puede ser más provocador: *Los dogmas de la Constitución*. Ahora bien, no podría comprenderse bien este escrito sin el magnífico estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes, que nos adentra en la biografía de John J. Park y en sus diversas aportaciones relacionadas con el Derecho, y que vamos a reseñar en estas líneas.

John James Park nació en 1795, probablemente en Londres o Hampstead, localidad esta última a la que dedicó su primer trabajo de investigación, de corte histórico. A los veinte años comienza sus estudios de Derecho en el *Lincoln's Inn*, y en 1819 publica su monografía sobre la dote. Tres años más tarde comienza a ejercer como *Barrister at Law* (categoría que, como explica Joaquín Varela Suanzes, ocupa el lugar más alto dentro de la abogacía inglesa, en relación con los *Sollicitor*). Su obra más célebre es *A contre-Project to the Humphereysian Code*, un alegato a favor del *common law* y en contra de la codificación del derecho de propiedad promovida por Humphreys, en la que ya se evidencia su sintonía intelectual con la Escuela histórica del Derecho en la defensa de la especificidad del Derecho inglés. Esta influencia se hará más intensa con el viaje que realiza a Gotinga en 1829 para doctorarse (en 1830), porque allí accede a la obra de Savigny, y a este magisterio se añade el de Comte y un rechazo romántico cada vez más intenso al utilitarismo promovido por Bentham.

Tras su vuelta a Inglaterra, John James Park es nombrado profesor de Derecho inglés y Jurisprudencia en el *King's College* de Londres en 1831, centro fundado dos años antes por el ala más conservadora del partido *Tory* y la Iglesia anglicana. Ambos sectores, como el propio Park, habían rechazado la importantísima propuesta de reforma de la Ley electoral, que lograría prosperar solamente después de quince meses y que dotaba de mayores poderes a la Cámara de los Comunes en lo relativo a la formación y control del Gobierno. La oposición de Park se explica por la importancia que concede este autor al *common law* (mostrada en la primera de sus *juridical letters* de 1830), punto de partida del estudio de la jurisprudencia que articulará con más detalle en *Los dogmas de la Constitución*.

El origen inmediato de *los dogmas de la Constitución* se contiene en una serie de cursos impartidos a lo largo de 1831 y 1832 en el *King's College*, y que dieron lugar a diversas conferencias sobre la enseñanza del Derecho en Inglaterra, los Tribunales de equidad y el significado de este último término o el régimen jurídico de la transmisión de la propiedad. Pero el que a nosotros nos interesa es el dedicado al estudio sobre la teoría y la práctica de la Constitución británica, impartido posiblemente entre noviembre de 1831 y marzo de 1832, y del que aparecieron publicadas en el último año citado cuatro lecciones, bajo el título de *los dogmas de la Constitución*. En esta obra Park criticaba, desde su (auto)subrayada independencia política, el citado proyecto de ley de reforma electoral, invocando la existencia de una Constitución práctica o real frente a otra inexistente y teórica. Su discrepancia radica en que si bien la reforma puede incidir en uno de los dos objetivos primordiales de la Constitución, que es asegurar a la comunidad, a las clases medias y bajas frente al abuso del poder, lo hace a costa del otro, que es asegurar al Gobierno un poder adecuado para conducir la Administración civil de conformidad con las mejores y más ilustradas opiniones del momento.

La pretensión de John James Park es, en definitiva, analizar la Constitución desde un punto de vista científico-positivista (real, como él mismo dice), superando viejos mitos y dogmas como el de la separación de poderes, contenido en los *Comentarios a las leyes de Inglaterra*, de Blackstone. De ahí que sus herramientas básicas sean la observación y la historia y su presupuesto la separación entre Constitución formal y real, posible en aquellos países que cuentan con una Constitución escrita e innegable en el caso inglés. Por esta razón, centra su trabajo en el estudio del poder a lo largo de la historia de Inglaterra, y pone especial hincapié en su dinamismo frente al tradicionalismo imperante, que hace que desde 1688 convivan dos Constituciones, una sustancial y otra meramente formal. Esta hipótesis no es enteramente original, porque diversas fuentes, de orientación *whig* por cierto, habían afirmado ya el tránsito de un sistema de gobierno formalmente basado en el equilibrio de los poderes ejercidos por el Rey, los Comunes y los Lores a otro en el que se impone realmente la primacía de los Comunes.

La aportación de John James Park radica, sin embargo, en que extrae algunas consecuencias prácticas de la idea que se acaba de reseñar. Así, en primer lugar, sirve para poner en entredicho el tradicional principio de separación de poder legislativo y ejecutivo, porque si se atiende —con anterioridad a Laband— al concepto formal y material de las funciones estatales, será forzoso concluir que uno y otro expresan porciones del poder político, cuya dirección asume hoy —en contra de los postulados teóricos— el Gobierno y la Administración. En segundo lugar, el autor inglés constata que las prerrogativas reales y parlamentarias que consagran el equilibrio constitucional en la teoría, se han convertido en la (Constitución) práctica, «en principios de aplicación extrema» (como evidencia, por ejemplo, el desuso en que ha caído el veto real), que confieren el mayor poder al partido mayoritaria en la Cámara de los Comunes. Porque esta Cámara asume ahora, en realidad, el equilibrio entre los elementos monárquico, aristocrático y democrático de la Constitución, que antes se había organizado en distintos centros de poder, es precisamente por lo que Park se opone al proyecto de ley de reforma electoral. Por último, y en tercer lugar, el autor afirma que la división de poderes no es precisa para garantizar la libertad, como prueba el mismo caso inglés, en el que las funciones políticas ejercidas por el gabinete se encuentran constitucionalmente limitadas y sometidas a control y son seguidas cada vez más de cerca por la opinión pública.

Aunque la obra de John James Park contó en su momento con cierto reconocimiento, nunca llegó a un gran público, acaso por la aridez de los temas tratados y por lo farragoso del estilo empleado por su autor (que tiene su origen, para algunos, en su sordera). Sin embargo, al margen del escaso influjo de *Los dogmas de la Constitución* (que no es citada por A. V. Dicey, pero sí por Sir William Holdsworth o M. J. C. Vile), es forzoso reconocer que esta obra desbrozaba un camino que más tarde sería transitado por Henry G. Grey, John Stuart Mill o Walter Bagehot. John James Park no llegó a conocer las aportaciones de estos autores, fechadas en los años cincuenta y sesenta, porque murió poco tiempo después de publicar su libro (Brighton, 1833).

Unos meses antes de su muerte, John James Park había hecho pública una carta dirigida a Bentham con el título de *Conservative reform*, cuyo examen permite com-

prender mejor su pensamiento. De un lado, el autor inglés es partidario de las reformas jurídicas y políticas, pero siempre que se vean precedidas de un detenido estudio realizado por expertos en la materia y que no tengan su origen en los trabajos de los teóricos radicales (como Bentham) ni en los deseos de los políticos de satisfacer demandas populares. De otro, John James Park expresa en la *Conservative reform* su humanitarismo romántico y en especial su preocupación por los intereses de los trabajadores (presente en mayor medida en los *tories*, vinculados a la oligarquía terrateniente que en los *whigs*, conectados con la burguesía urbana).

Hasta aquí un resumen del magnífico estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes que, como él mismo señala, es el trabajo más extenso y sistemático que jamás se ha publicado sobre John James Park. Podría añadirse que logra su intención, que es promover la lectura de *los dogmas de la Constitución*. Como tal empeño es el mismo que persigue esta reseña puede ponerse punto y final a la misma. Pero antes es obligado agradecer la cuidada y anotada traducción realizada por Ignacio Fernández Sarasola porque ésta se realiza, como ya se ha indicado, sobre un texto farragoso y difícil de leer y la documentada y, como se ha visto, muy sugerente presentación que Joaquín Varela Suanzes realiza del romántico John J. Park.—*Francisco Javier Matía Portilla*.

MASSÓ GARROTE, MARCOS FRANCISCO: *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

Marcos Francisco Massó Garrote es profesor titular en la Universidad de Castilla-La Mancha. Su tesis doctoral, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, que fue defendida el día 10 de julio de 1996 en la Facultad de Derecho de Albacete, obteniendo la calificación de sobresaliente *cum laude*, no puede ser acusada de constituir un estudio meramente descriptivo. Se trata, sin lugar a dudas, de un trabajo jurídico-científico que deja abierta una vía muy sugestiva, fundamentalmente, en el ámbito de la posible extensión de los derechos de participación política de los extranjeros en el Estado nacional y en el de su acceso a funciones públicas.

Objetivo del trabajo es pues, *grosso modo*, analizar el campo de exclusión de los derechos de los extranjeros; la posición jurídico-constitucional de los mismos, haciendo especial hincapié en el terreno de los derechos políticos y funcionariales.

Ya en la época clásica, en *La Política* de Aristóteles, adquiere notable relevancia la definición del hombre como *zoon politikón*, como animal político por naturaleza de tal forma que, siguiendo al filósofo: «Aquél que puede no vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades, no puede ser nunca miembro de la polis; es un bruto o es un Dios.» Pues bien, de lo que no cabe duda al leer la obra del profesor Massó Garrote es de la importancia que el mismo atribuye a los derechos de

participación política como elementos indispensables para conseguir la integración del individuo, por tanto, también del extranjero, en el complejo tejido social.

En este libro, de tintes provocadores, el autor afirma que aunque la condición de ciudadano aparece tradicionalmente ligada a la de nacional, ambos conceptos no son equivalentes. Sin embargo, en la concepción clásica de la ciudadanía, ésta aparece necesariamente ligada a la nacionalidad lo que, en definitiva, concluye con la exclusión del extranjero —el no nacional— respecto de los derechos de participación política.

Siguiendo esta corriente clásica sobre la posición jurídico-constitucional de los extranjeros, si la soberanía nacional caracterizada por su ilimitabilidad reside en el pueblo nacional, éste es el titular, por tanto, del poder público, mientras que el cuerpo electoral (órgano del Estado) es el que ejerce este poder público. Ahora bien, para pertenecer a este cuerpo electoral es necesario que se reúnan una serie de requisitos, entre los que se encuentra la nacionalidad; por tanto, para ser ciudadano, es decir, para ejercitar los derechos electorales es necesario a su vez ser nacional. El excluir al extranjero de la ciudadanía se ve como una condición esencial para la autoconservación de la soberanía del Estado.

El propio Tribunal Constitucional distinguiría entre tres tipos de derechos: unos derechos básicos, ligados a la dignidad de la persona y que, por este motivo, habrían de corresponder por igual a españoles y extranjeros; otro tipo de derechos que pertenecerían o no a los extranjeros según lo que dispusieran los tratados o las leyes, siendo por tanto admisible la diferencia de trato respecto a los nacionales españoles; y, finalmente, aquellos derechos que no pertenecen a los extranjeros y que, en virtud del artículo 13.1 de la Norma Fundamental, por remisión al artículo 23 del mismo texto, son los derechos de participación política con el matiz, evidentemente, que recoge el artículo 13.2 CE en el tema del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Pues bien, la tesis del autor se separa, de forma contundente, de esta concepción clásica de la posición jurídico-constitucional del extranjero y aboga:

1.º Por una integración plena del no nacional en la comunidad, entendida, no como una adaptación del individuo a la «uniformidad cultural del país de acogida», sino como «inserción en la sociedad de acogida, con respeto de sus especificidades culturales».

2.º Señala que una condición esencial para conseguir la integración propuesta del extranjero es que la misma se produzca en todos los ámbitos, también en la comunidad política, siendo para ello necesario que la condición de ciudadano se extienda también al extranjero, salvando de este modo la barrera de la nacionalidad.

Propone así, siguiendo a Habermas, un derecho universal de todo hombre —nacional o no— a la actividad y reconocimiento político, es decir, un derecho ilimitado a la ciudadanía. Se une, en definitiva, a la tesis de aquellos que defienden un replanteamiento de la teoría que considera el sufragio consustancial a la nacionalidad.

De especial interés en la obra es la reformulación del concepto de pueblo que una corriente minoritaria de la doctrina alemana ha acuñado en los últimos tiempos para permitir la participación de los extranjeros en las elecciones municipales, no prevista expresamente en la Grundgesetz. Se apoyaría esta nueva corriente en que el concepto

de pueblo no está definido en la Constitución de tal forma que excluya la participación política de determinados grupos de la población, pues ni el artículo 20, apartado 2; ni el 28, apartado 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental hablan de pueblo alemán sino, única y exclusivamente, de pueblo. Sin embargo, los flancos débiles que presenta esta aportación no son objeto de especial atención por el autor. Así, el Preámbulo de la Ley Fundamental sí se refiere expresamente al pueblo alemán, pero aún más decisivo para rechazar este nuevo concepto acuñado es el argumento que se derivaría el artículo 116 de la misma norma, pues éste prevé la inclusión en el pueblo del Estado de los alemanes no nacionales. En este artículo 116 parece apoyarse esta nueva corriente para defender su tesis; sin embargo, a simple vista, se podría afirmar que este precepto de la Ley Fundamental está consolidando, en realidad, la concepción clásica de la posición jurídico-constitucional del extranjero, pues citando expresamente a los alemanes no nacionales fija una excepción a la regla general, es decir, a la necesidad de la nacionalidad alemana para ser considerado parte del pueblo y, por tanto, ciudadano titular de derechos políticos. Si no fuera así, no tendría sentido haber establecido una cláusula como ésta en el artículo 116 de la Grundgesetz, que vendría a constituir, de consolidarse la nueva corriente, un enunciado meramente tautológico.

Otro de los argumentos en los que este nuevo enfoque alemán apoya la extensión del concepto de pueblo al extranjero, es el que sostiene que aquéllos que se ven afectados por las decisiones adoptadas por el Estado han de tener, en principio, la facultad de cooperar en la elección de los que adoptan las medidas que les afectan. Se respaldan, para ello, en el principio democrático que garantizaría la participación de los extranjeros en los niveles inferiores de la organización territorial.

Marcos Francisco Massó Garrote defiende, en definitiva, y adhiriéndose a estas nuevas corrientes de espíritu aperturista, la participación activa y pasiva del extranjero tanto en las elecciones municipales —algo que ya está recogido constitucionalmente en el artículo 13.2 de la Constitución española bajo determinadas condiciones— como, y aquí está su gran aportación al campo de la teoría constitucional, en las elecciones *autonómicas*, eso sí, excluyendo la participación de los diputados regionales no nacionales en la elección de los Senadores. Esta solución es posible, siguiendo la tesis del autor, porque sólo en las elecciones generales podría verse afectado el principio de la soberanía nacional —única e indivisible— recogido en el artículo 1.2 CE, pues sólo en las elecciones generales el objeto es el de «elegir los representantes del pueblo, de la soberanía nacional», mientras que «las elecciones autonómicas y locales tienen por objeto gobernar y administrar dentro de sus competencias sus respectivos territorios».

Los extranjeros podrían así participar en todas las elecciones que no sean expresión de la soberanía nacional del Estado, esto es, en las elecciones municipales, autonómicas y también en las europeas, excluyéndose su participación de las elecciones generales o de cualquier otro tipo de comicio electoral que, de forma refleja, estuviera vinculado a la formación de la voluntad política del Estado nacional. Con esta sugerente propuesta, el autor salva el escollo más importante que podría ser objetado a su tesis sobre la extensión de los derechos políticos a los extranjeros: la posible difuminación de la soberanía nacional con el resultado consiguiente de la disolución del Estado moderno.

Posteriormente, se hace un estudio de otro tipo de derechos: reunión y asociación, ambos necesarios para una efectiva participación política del individuo. Para Marcos Massó está clara la voluntad del legislador constituyente y, posteriormente, del Tribunal Constitucional, de igualar tanto en su titularidad como en las condiciones de su ejercicio a nacionales y extranjeros en el ámbito de los derechos de reunión y de asociación. En esta parte del trabajo son de especial interés las reflexiones que se hacen entorno a la posible participación de los extranjeros en los partidos políticos, considerados por la doctrina mayoritaria, a la cual se adhiere, como asociaciones privadas investidas de funciones públicas. Se sostiene que, frente a las dificultades que tiene el no nacional para canalizar sus derechos de participación política a través de las agrupaciones de electores, se ha de admitir el derecho de afiliación de los extranjeros a partidos políticos, aceptándose también la creación de partidos por parte de los mismos aunque, eso sí, limitando este último derecho al ámbito local y ello con el objetivo de evitar una formación política de extranjeros con capacidad para influir en las instituciones representativas de la soberanía nacional.

Después de un análisis exhaustivo del desarrollo de los derechos políticos en la Comunidad Europea y en el marco del Consejo de Europa se aborda el tema del acceso del extranjero a funciones públicas en la Administración pública profesional.

En ésta, que podemos considerar segunda parte del trabajo de investigación, el objetivo principal será el análisis de la posible participación de los extranjeros en la Administración pública y continuando con su línea aperturista el autor defiende, siguiendo fundamentalmente el concepto formulado por Duguit de Administración pública como aquella destinada a la satisfacción del servicio público, el derecho del no nacional de participar en la misma, aunque eso sí, sólo en el ámbito de las actividades que revistan un carácter técnico o de gestión, pero no en aquellas otras que impliquen ejercicio de soberanía o *imperium*.

Aun cuando existen importantes divergencias doctrinales al respecto, afirma Massó Garrote, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el artículo 23.2 CE engloba tanto el concepto de cargo público representativo como el de cargo público no representativo comprensivo, única y exclusivamente, del acceso a la función pública profesionalizada, no protegiéndose, por tanto, el acceso a la función pública en régimen no estatutario.

En principio, parecería que del tenor literal del artículo 13.2 de la norma *normarum* y de la propia jurisprudencia del Alto Tribunal no se podría atribuir a los extranjeros, tampoco a los comunitarios, ningún derecho de acceso a la función pública profesional. *A sensu contrario*, para adquirir la condición de funcionario público profesional se requeriría previamente ostentar la condición de nacional.

Sin embargo, y bajo el influjo de la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo al artículo 48.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que impediría únicamente el derecho de los ciudadanos comunitarios a acceder a una función pública en cualquier Estado miembro distinto al suyo propio que pudiera implicar la reducción de la soberanía nacional de tal Estado, el legislador español, en la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los no

nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea y en su normativa de desarrollo, confirmando la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, acepta el derecho del ciudadano comunitario no nacional de acceder a funciones públicas que no impliquen ejercicio del poder público o autoridad. Incluso admite esta ley, en su disposición adicional única, la posibilidad de que el acceso a la función pública pueda extenderse a Estados no miembros de la Comunidad Europea pero vinculados a ésta por medio de Tratados internacionales.

Y es en este punto donde podemos encontrar la segunda de las aportaciones fundamentales de la obra ya que el autor defiende la posibilidad de que, a través de una interpretación analógica del artículo 5.º1 de la Ley Orgánica de Extranjería, se pueda reconocer al extranjero el acceso a la función pública en tanto en cuanto ésta no implique un ejercicio de autoridad que pueda afectar a la soberanía del Estado y siempre que, previamente, el tenor literal del artículo 13.2 de la norma fundamental sea objeto de una reforma que permita el acceso de comunitarios y extranjeros a un cargo público que no implique ejercicio de la soberanía nacional. Sin una reforma en tal sentido, tanto la Ley 17/1993 como la interpretación analógica del artículo 5.º1 de la LOE han de ser considerados inconstitucionales, pues el artículo 13.2 CE prohíbe, expresamente, la titularidad de cualquier individuo no español de los derechos proclamados en el artículo 23.2 del mismo texto.

El trabajo de investigación concluye con algunas páginas dedicadas a la protección jurisdiccional de los derechos de participación política y acceso a funciones públicas del extranjero en el Estado nacional y unas conclusiones en las que, de nuevo, lo más destacable por novedoso es la prescindibilidad del requisito de la nacionalidad para el ejercicio de los derechos políticos y funcionariales en el Estado nacional, en tanto en cuanto éstos no impliquen participación en la soberanía estatal. Salva así el autor la tensión existente entre el concepto de soberanía nacional y una posible supresión del requisito de la nacionalidad para el ejercicio de los derechos de participación política y funcionariales. Obra, en definitiva, que no dejará indiferente al lector.—*Mariluz Martínez Alarcón.*

YUJI IWASAWA: *International Law, Human Rights and Japanese Law. The Impact of International Law on Japanese Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, xlii + 355 págs.

En este libro Yuji Iwasawa, profesor de Derecho internacional de la Universidad de Tokio, dedica un profundo estudio al análisis del considerable impacto que hoy tiene el Derecho internacional en el Derecho japonés, tras una primera etapa en la que predominó una actitud defensiva de Japón frente a las normas internacionales. Su análisis se concentra tanto en cuestiones teóricas como sustantivas, que describiré a continuación con un cierto énfasis en las primeras por el interés más general de los interrogantes que plantean.

El autor dedica los dos primeros capítulos al análisis teórico de la relación entre el

Derecho internacional y el Derecho japonés. El contenido de esta parte llama la atención por las grandes similitudes que ofrece el sistema constitucional japonés y el español en referencia a la regulación del Derecho constitucional internacional. En efecto, el sistema constitucional japonés prevé un régimen de recepción automática de los tratados internacionales, que tras su adecuada negociación por el ejecutivo y aprobación por la Dieta, forman parte integrante del Derecho japonés. Al igual que en el Derecho español, la publicación en el boletín oficial (Kanpō) es un requisito formal para la validez de los tratados en Japón. Sin embargo, no se trata de un acto de transformación, ya que las normas internacionales mantienen su carácter propio.

En este sentido, cabe insistir en que el Derecho internacional es una fuente del Derecho japonés, tanto en su condición convencional —tratados celebrados por Japón— como consuetudinaria —el derecho de las naciones—. Así lo reconoce expresamente el artículo 98 (2) Constitución de 1946, que no ofrece dificultades para el jurista español, acostumbrado a un sistema similar. Un dato que si resulta curioso se refiere a los idiomas oficiales de los tratados. Por supuesto, en los tratados bilaterales no existirá ese problema porque uno de los idiomas auténticos será el japonés; en los tratados multilaterales, como señala el profesor Iwasawa, el idioma se convierte en un problema recurrente y en estos casos los agentes de aplicación del Derecho en Japón suelen registrarse por la traducción publicada en el boletín oficial.

Una consecuencia directa del reconocimiento del Derecho Internacional como fuente del Derecho en Japón es la posibilidad de invocarlo ante los tribunales internos, tanto en su forma convencional como consuetudinaria. Sin embargo, es correcto afirmar que sólo el Derecho Internacional obligatorio tiene validez jurídica interna, no así las reglas contenidas en instrumentos internacionales no vinculantes, que sólo pueden tener interés interpretativo.

Entre los aspectos teóricos destacan los análisis de ciertos problemas recurrentes en la relación del Derecho internacional con los Derechos internos, que a continuación repasaré de forma breve.

En primer lugar, por supuesto, aparece la *distinción entre validez y aplicabilidad directa*. El autor estudia varios ejemplos controvertidos en el ámbito de los derechos humanos y el derecho económico internacional. En el primer caso Iwasawa analiza aspectos del Pacto de Derechos civiles y políticos, el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales, y otros tratados sobre derechos humanos (eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Derechos del niño, eliminación de la discriminación racial) y, dejando aquí de lado las particularidades de cada uno de ellos, adopta un punto de vista relativo que se resume diciendo que es difícil para los individuos alegar en Japón los derechos específicos contenidos en las normas sobre derechos sociales y económicos, sin embargo, éstas podrían utilizarse como mínimo para atacar acciones gubernamentales que desafien abiertamente los derechos provistos en la Convención (pág. 65). En el segundo caso, el autor se concentra en el GATT y los Acuerdos OMC para constatar que los acuerdos surgidos de la Ronda Uruguay tienen mejores condiciones para ser aplicados directamente que las normas del GATT 1947. En cualquier caso, dado que no hay en Japón normas jurídicas que prohíban la aplica-

ción directa de los Acuerdos de la OMC, Iwasawa afirma que son los propios tribunales los que deben pronunciarse al respecto. En teoría es posible, dice el autor, aplicar aquellas normas que sean precisas y completas. Sin embargo, sigue diciendo Iwasawa, es improbable que los jueces anulen una ley japonesa sobre la base de su inconsistencia con los Acuerdos de la OMC a petición de un individuo. Las razones se basan fundamentalmente en la reciprocidad y los medios que los jueces tienen a mano para sortear esa dificultad serían la doctrina de los actos políticos o la admisión de un amplio ámbito de discreción en la ejecución normativa de los acuerdos internacionales. Esta descripción de la situación japonesa contrasta con su visión del problema en la Unión Europea, ya que en este punto el autor sostiene que el razonamiento jurídico del TCJE en *Van Gend & Loos* es válido también para el GATT (pág. 75), un tema muy controvertido (v. C. D. Espósito, *La OMC y los particulares*, Madrid, 1999, págs. 82-105).

El Derecho internacional consuetudinario es derecho en Japón, pero para ser aplicable debe ser preciso. Si no es suficientemente preciso el poder judicial estaría usurpando el poder del legislador y, por lo tanto, violando el principio de separación de poderes (pág. 79).

También en Japón se lleva a cabo una *aplicación indirecta* del Derecho internacional, especialmente a través de la interpretación del derecho japonés a la luz de las normas internacionales, una metodología que no es desconocida para nosotros ni en el ámbito constitucional (art. 10 CE), ni en el ámbito del Derecho comunitario europeo (por ejemplo, sentencias *Von Colson* y *Marleasing*). En Japón, debido a una fuerte influencia de la doctrina alemana, también se presenta el problema de la *Drittwirkung*, que introduce una cierta aplicación indirecta de normas de Derecho internacional a las relaciones entre particulares a través de la interpretación de normas internas, como es el caso de la concreción del concepto de «orden público» en el artículo 90 del Código civil japonés.

Muy interesante resulta el concepto de *aplicación externa* del Derecho internacional, es decir, la aplicación de normas internacionales, especialmente de Derechos humanos, a situaciones que ocurren en otros países. La aplicación externa del Derecho internacional se concreta generalmente en la aplicación de normas internacionales convencionales o consuetudinarias en procesos internos en los que se denuncian violaciones de derechos humanos ocurridos en otros Estados (por ejemplo, el caso *Filartiga c. Peña Irala* o, más cercano a nosotros, el caso *Pinochet*), en procesos de extradición (v. gr., caso *Soering*) o en el rechazo a aplicar normas de derecho extranjero o ejecutar sentencias extranjeras.

Otro tema universal es la determinación del *rango* del Derecho internacional en el Derecho interno, en especial en relación con la ley y la Constitución. El artículo 98 (2) de la Constitución japonesa sólo dice que los tratados y las leyes de las naciones reconocidas deben ser observadas de buena fe. A partir de ahí, la doctrina y la práctica ha entendido que los tratados prevalecen sobre las leyes siempre, sean posteriores o anteriores a la entrada en vigor de los mismos. En el caso de los acuerdos ejecutivos, sólo tendrán esa categoría superior frente a la ley aquellos que hayan sido celebrados sobre la base de un tratado. El profesor Iwasawa nos dice que el Derecho internacional con-

consuetudinario prevalece sobre la ley interna en Japón, porque tiene un rango de objetividad ampliamente reconocido, ya que debe ser aceptado por la comunidad internacional en su conjunto. Un ejemplo de esa prevalencia es el caso *Soo-Kil Yoon*, en el que el Tribunal de Distrito de Tokio hizo prevalecer una norma de Derecho internacional consuetudinario (no extraditar por cuestiones políticas) frente a una orden de deportación adoptada de acuerdo con la ley. El problema del rango legal del Derecho internacional se presenta menos consensuado en relación con la Constitución. Aquí se oponen dos doctrinas: la teoría de la supremacía de los tratados frente a la teoría de la supremacía constitucional. Iwasawa sostiene que a pesar de esta oposición, se acepta en gran medida la superioridad de algunos tratados sobre la Constitución (por ejemplo, tratados sobre Derechos humanos). En cuanto al Derecho internacional consuetudinario, éste forma parte del Derecho interno y para el autor será superior a la Constitución si se trata de normas imperativas de Derecho internacional.

En relación con el *control judicial* de los tratados, éstos están sujetos al control judicial formal (si un tratado fue celebrado conforme a los procedimientos prescritos por la Constitución) y sustantivo (si un tratado es contrario a la Constitución y puede ser declarado nulo a nivel interno) en los tribunales japoneses.

El último tema analizado en esta parte se refiere a *los efectos jurídicos de los actos de los órganos internacionales en Japón*. Este es un problema crucial en el Derecho internacional actual, especialmente si uno considera el peso que ahora tienen algunas decisiones de organismos internacionales, como es el caso del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Iwasawa divide su análisis según nos encontremos ante actos de órganos internacionales creadores de normas de carácter abstracto, como pueden ser las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o ante decisiones en casos concretos, como son las sentencias de un tribunal internacional. Los primeros suelen tener un carácter recomendatorio y así lo han entendido generalmente los tribunales japoneses. En el segundo caso es difícil de determinar, porque los jueces japoneses, como los del resto del mundo, raramente aplican una sentencia internacional como base de sus decisiones internas, sino sólo como apoyo de sus fundamentos jurídicos en un ejercicio de aplicación indirecta, es decir, estos actos serán relevantes para la interpretación o prueba de una conclusión argumentativa adoptada de acuerdo a derecho interno.

El profesor Iwasawa analiza detalladamente tres ámbitos de influencias del Derecho internacional en la parte sustantiva de su libro: el impacto del Derecho internacional sobre los derechos de los extranjeros que habitan en Japón, sobre los derechos de la mujer y sobre el derecho relativo a la detención. En realidad, cada uno de estos capítulos merece un comentario separado y aquí sólo describiré sus contenidos de forma general, no sin antes expresar que la gran cantidad de información y los análisis incorporados en esta parte en ocasiones resultan excesivos para la argumentación del libro —aunque, por supuesto, eso puede también constituir una ventaja para el lector no japonés en búsqueda de datos precisos.

El primero de los capítulos sustantivos, como acabo de adelantar, analiza el impacto del Derecho internacional sobre los extranjeros residentes en Japón. Aunque no

exclusivamente, el ejemplo de los coreanos es el elegido por Iwasawa para estudiar esa influencia. Los coreanos tienen una situación especial en Japón, no sólo por su número (680.000 coreanos aproximadamente, un 0,6 por 100 de los habitantes de Japón), sino también por la forma en que muchos de ellos llegaron al territorio japonés tras la anexión de Corea por Japón en 1910 y porque tras varias generaciones viviendo en Japón siguen siendo considerados extranjeros. El autor comprueba en primer lugar que los Derechos humanos son aplicables a todos, excepto en ciertos limitados casos que sólo se aplican a nacionales japoneses. Esta afirmación es válida para la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Universales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La nacionalidad es un problema bastante grave. En efecto, el Derecho internacional remite la regulación de la nacionalidad a los derechos internos, pero también es cierto que la discrecionalidad no es absoluta y que deben respetarse algunas normas de Derecho internacional, especialmente algunas normas restrictivas provenientes del Derecho internacional de los Derechos humanos. Un buen ejemplo de los límites está en la pérdida de la nacionalidad japonesa por parte de los coreanos en 1952 por efecto de una ley japonesa en la que ni siquiera se les otorgaba la posibilidad de elegir nacionalidad, un acto contrario al derecho previsto en el artículo 15.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Iwasawa afirma correctamente que Japón no debería haber sustraído la nacionalidad japonesa a los coreanos sin al menos darles la oportunidad de elegir. Por supuesto, una vez que los coreanos son nuevamente extranjeros surge el problema de la adquisición de nacionalidad. Según Iwasawa, hoy no hay grandes obstáculos para naturalizarse, sin embargo, los coreanos son reacios frente a esa posibilidad, porque las viejas generaciones conservan un recuerdo amargo del pasado y las nuevas generaciones saben que la naturalización no significa aceptación por la sociedad japonesa.

Otros problemas se refieren al control inmigratorio, el registro de extranjeros, el ejercicio de derechos sustantivos (especialmente los derechos de participación política), la participación en la función pública, los derechos económicos y sociales, las compensaciones de guerra, la educación y la discriminación por particulares. En todos los casos mencionados, Iwasawa demuestra de qué forma el Derecho internacional ha sido una influencia positiva para mejorar la posición de los coreanos y, en general, de los extranjeros en una sociedad «relativamente cerrada a los extranjeros» como es la japonesa.

El segundo de los temas sustantivos estudia el impacto del Derecho internacional sobre los derechos de la mujer en el Derecho japonés. El autor comienza constatando que las mujeres han estado discriminadas por mucho tiempo en Japón y que éste es un problema que aún está por resolver en la sociedad japonesa. Los cambios más radicales para la situación de la mujer tienen tres momentos importantes: el primero tiene lugar con la reforma Meiji en 1868, que abolió el feudalismo e introdujo ciertas reglas a favor de la igualdad entre hombres y mujeres; el segundo momento viene de la mano de la nueva constitución de 1946, que proclama el principio de igualdad; y el tercer momento es un punto de inflexión muy importante que se produce cuando Japón ratifica la

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1985. Iwasawa destaca la influencia de esa ratificación en los ámbitos del empleo, la nacionalidad y la educación. Valga el ejemplo de la reforma de la ley de nacionalidad, que sólo permitía la aplicación del *ius sanguinis* a través del padre y hubo de ser reformada para ampliarlo a la madre para la ratificación de la Convención. El capítulo se completa con un repaso de varias áreas normativas donde se han producido transformaciones, como el Derecho civil, la participación política y la seguridad social.

El tercero de los capítulos de esta segunda parte está dedicado al impacto del Derecho internacional sobre la regulación de la detención a la luz del artículo 9 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. El autor estudia primero la detención de pacientes mentales, su evolución y reforma para eliminar ciertos elementos de arbitrariedad, para luego pasar al análisis de la detención en general y efectuar críticas al sistema. En este caso los problemas siguen siendo acuciantes, porque la regulación de la detención en Japón permite un sistema de «prisiones sustitutorias» o detención en celdas policiales de sospechosos de haber cometido delitos penales. La falta de garantías jurídicas de este tipo de sistema de detención paralelo al judicial y administrado por las autoridades policiales ha llevado a que dicho sistema sea criticado como contrario al Derecho internacional [especialmente el art. 9.3, pero también los arts. 7, 10.1, 14.3b) y g) del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos] y otros estándares jurídicos internacionales sobre la materia. Sin embargo, aquí no ha habido cambios como los de la ley que regula la detención de los pacientes mentales, ya que el gobierno japonés ha defendido la legalidad del sistema de «prisiones sustitutorias».

En el último capítulo el autor ofrece unas conclusiones sobre la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho japonés y sobre el impacto del primero sobre el segundo. El autor destaca que la falta de aplicación del Derecho Internacional por parte de los jueces se debe en muchas ocasiones a la poca familiaridad que los mismos tienen con dicho ordenamiento jurídico, especialmente en relación con los Derechos humanos. En todo caso, los tribunales no se han mostrado muy entusiasmados ante la oportunidad de aplicar directamente el Derecho internacional y han interpretado restrictivamente sus normas consuetudinarias. Es verdad que, como señala el autor, este hecho puede interpretarse como un dato más de un sistema judicial en el que prepondera una actitud general muy moderada en relación con el control judicial (*judicial review*). En cuanto al impacto del Derecho internacional sobre el Derecho japonés, si bien Iwasawa no lo calificaría de revolución, sí afirma que éste ha sido sustancial, en especial como un medio de legitimación política para producir cambios jurídicos en Japón.

En definitiva, el libro del profesor Yuji Iwasawa es una obra madura, escrita a través de muchos años de estudio, que nos permite conocer el Derecho constitucional internacional de Japón y la influencia del Derecho internacional en el Derecho japonés con rigor y precisión.—*Carlos Espósito*.