

NOTICIAS DE LIBROS

AA. VV.: *L'Exception d'Inconstitutionnalité. Expériences étrangères et situation française*, Cahier Constitutionnelles de Paris I, Éditions STH, Francia, 1990.

El libro recensionado recoge la Jornada de Estudios organizada por el Centro de Investigación de Derecho Constitucional de la Universidad París I, celebrada en diciembre de 1989, sobre la posible instauración de una vía de control constitucional por excepción en Francia. El debate se organiza en dos sesiones, una referida a las experiencias extranjeras y otra a los problemas que plantearía la instauración de dicha modalidad de control en Francia.

En la primera sesión del debate se analizan, mediante diversos informes, el control de constitucionalidad en Suiza, Austria y Alemania (M. Fromont), Italia (J.-C. Escarras); Estados Unidos (P. Juillard); España y Portugal (P. Bonn). Los diferentes informes muestran las particularidades del sistema de control de constitucionalidad en cada país. Así se señala que en Suiza y Portugal se opta por un control de constitucionalidad abstracto y concreto a la vez.

En Alemania, Italia y España los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional son de cosa juzgada relativa (cuando el Tribunal afirma que la norma impugnada es constitucional) y de cosa juzgada absoluta (cuando encuentra inconstitucional la disposición impugnada). La declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *ex tunc* (aunque, en ocasiones, el Tribunal pueda modular los efectos temporales de sus sentencias). En ocasiones, la jurisdicción concentrada (especialmente el Tribunal Constitucional italiano) emite sentencias atípicas (interpretativas, manipulativas y paralegislativas).

Como es sabido, y a diferencia de lo que se acaba de exponer, en Estados Unidos el control de constitucionalidad es difuso y concluye, en su caso, en la inaplicación de la norma impugnada.

En algunos países, como Suiza, Austria, Alemania, Portugal o España existe un recurso constitucional que cualquier ciudadano puede impulsar en defensa de un derecho

fundamental, aunque no quepa en Austria la impugnación de resoluciones judiciales por esta vía.

Suele ser general que las diferentes modalidades nacionales de control excepcional de constitucionalidad contemplen diferentes filtros procesales que eviten la sobrecarga de asuntos del Tribunal encargado (ya sea Constitucional, Supremo, etc.). En Italia y España, el juez ordinario realiza los juicios de relevancia y fundamentación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Posteriormente, es posible que el Tribunal Constitucional decida mediante Auto de desestimación (España) o que el Tribunal Supremo americano, a través de la *discretionary review*, emita una decisión sumaria.

Analizadas las modalidades comparadas del control de constitucionalidad por vía de excepción en Europa y Estados Unidos, se abre la segunda sesión del debate, que versa sobre los problemas que puede conllevar la introducción de tal vía de control en Francia. Hasta el momento de acometer esta reforma, el sistema de control de constitucionalidad es preventivo, no siendo posible controlar la constitucionalidad de leyes ya promulgadas.

Esta idea debe ser abandonada desde el momento en el que el propio Consejo Constitucional ha afirmado, como recuerda F. Luchaire, que la ley votada sólo expresa la voluntad general en el respeto de la Constitución (Decisión de 23-VIII-1985). Esa voluntad de controlar la ley promulgada puede derivar, para F. Luchaire, en la inaplicación de la norma legal contraria por parte de los jueces (que puede apoyarse en los artículos 62.1 y 2 CF). Por su parte, B. Genevois estima que sea el propio Consejo Constitucional quien determine los efectos temporales de su sentencias de anulación.

F. Luchaire propone que la reforma constitucional difiera a una Ley Orgánica el procedimiento de control excepcional de la constitucionalidad. Mediante tal control se debería poder analizar las leyes que tengan menos de cinco años de vida. El resto de las leyes podrían ser examinadas por una comisión creada *ad hoc*, que indicara al Parlamento los aspectos que deben ser reformados para adecuar su contenido a la Constitución. Por su parte, B. Genevois aconseja controlar toda norma con fuerza de ley (incluidos los Decretos-leyes) posteriores a 1958, excepción hecha de los tratados internacionales, las leyes adoptadas mediante referéndum (que tampoco admiten control de constitucionalidad previo) y las Leyes Orgánicas.

Según F. Luchaire, debería existir un filtro de los recursos infundados en esta modalidad de control de constitucionalidad. Tal filtro sería realizado por un órgano dependiente del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación y resuelto mediante decisión no motivada. En fin, el procedimiento ante el Consejo Constitucional debiera realizarse de acuerdo con los principios de contradicción y publicidad. B. Genevois coincide en la conveniencia de que exista una fiscalización —no de constitucionalidad, sino, simplemente, de seriedad de la cuestión planteada— que sería llevada a cabo por el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación, de acuerdo con sus competencias (administrativas y judiciales, respectivamente). Otras medidas para evitar un alargamiento excesivo de los asuntos en el Consejo Constitucional serían, para B. Genevois: *a)* hacer que las decisiones de inadmisión del Consejo de Estado y Tribunal de Casación fueran inapelables, y *b)* prever la existencia de plazos tanto para la transmisión de los asuntos al Consejo Constitucional como para su examen por éste.

Asimismo, F. Luchaire y B. Genevois son partidarios de la existencia de un recurso constitucional que pueda promover la persona cuyos derechos son vulnerados.

En el debate que sigue a los informes relativos a los problemas que conllevaría la instauración del control de constitucionalidad por vía de excepción en Francia se sugieren algunas alternativas que deben recordarse. Así, R. Pinto propone que el ciudadano pueda acudir al *Médiateur* de la República y, éste a su vez, a una comisión compuesta por el presidente del Consejo Constitucional, el vicepresidente del Consejo de Estado, los primeros presidentes de los Tribunales de Casación y de Cuentas y el mismo *Médiateur*. Tal comisión tendría por única misión el hacer cesar la vulneración del derecho fundamental, sin afectar a la norma en la que el acto que lo vulnera se basa.

Por su parte, H. Roussillon examina las causas profundas de la pretendida reforma, que cifra en tres: las lagunas en el control de constitucional (en relación, por ejemplo, a la leyes anteriores a la existencia del Consejo Constitucional); los acuerdos de los grandes partidos políticos que impiden que el Consejo Constitucional pueda analizar la constitucionalidad de algunas normas con fuerza de ley, y por último, la apreciación de que, en muchas ocasiones, la inconstitucionalidad de las leyes se muestra en su aplicación, cuando no cabe ya control de constitucionalidad. El autor entiende que la reforma propuesta no va a superar tales problemas (señalando que incluso en Estados Unidos siguen vigentes textos de 1798, manifiestamente inconstitucionales), y postula que la reforma haga posible que un menor número de parlamentarios o que cualquier grupo político pueda acudir ante el Consejo Constitucional. Esta última idea es rechazada por L. Favoreu, que entiende que se haría de tal recurso un arma más política que sería. En concreto, D. Maus y O. Duhamel citan algunos textos vigentes que merecen, al menos, un examen de constitucionalidad.

Tanto B. Genevois como L. Favoreu encuentran la reforma beneficiosa, aunque el último autor citado señala que puede conllevar un detrimento de poder para el Parlamento, aunque también provocará una «constitucionalización» de las diversas ramas del Derecho.—*Francisco Javier Matia Portilla.*

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993; 138 páginas.

Bajo este título se ofrece al lector en español una serie de cinco artículos, algunos de ellos ya clásicos, otros recientes y todos de indudable interés, que sirven bien a la intención de ofrecer una muestra significativa del pensamiento en esta parcela del Derecho de un jurista alemán que desde hace tiempo tiene ganada una posición de influencia entre los estudiosos españoles del Derecho público. En todos estos artículos («Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica», «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», «Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución», «Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema» y «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de Ley Fundamental») late como constante la preocupación por acomodar la interpretación constitucional que la práctica y la necesidad imponen, con una teoría de la Constitución a prueba de fugas en su fuerza normativa. Los derechos fundamentales como objeto central de estudio permiten al autor adentrarse en

los grandes problemas actuales del Derecho constitucional y dejan de manifiesto su talento para el análisis no reduccionista, pero sí sintetizador de lo que a primera vista parece ser el reino de «cada autor, su teoría».

Los dos primeros estudios, «Los métodos de la interpretación constitucional» y «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales» siguen un esquema expositivo paralelo: estado de la cuestión y problemas centrales que las distintas teorías, analizadas a continuación, deben resolver; tipificación o inventario de las teorías más relevantes, análisis de sus líneas generales y crítica; evaluación del análisis en conjunto; flancos débiles, y como colofón, propuesta de lo que, según el autor, constituyen las líneas maestras para una teoría constitucionalmente adecuada (de la interpretación constitucional, de los derechos fundamentales) a una teoría de la Constitución, de la misma forma, «constitucionalmente adecuada», en todo caso, garante de la vigencia normativa, sin excepción, de lo preestablecido por la Constitución. El primero de los ensayos permite al autor terciar en la cuestión de la función y límites de la jurisdicción constitucional; el segundo incluye como cuestión adyacente la de las consecuencias de la definición constitucional del Estado como Estado social. Pocas teorías superan la rigurosa disección a que son sometidas, lo que a veces puede hacer pensar al lector que su punto de quiebra no estriba tanto en la fragilidad argumentativa como en el hecho de que no fueron elaboradas para responder a los problemas que el autor les somete. Y aún es posible que asalte una duda ingenua: la de si es posible la teoría total. El Tribunal Constitucional alemán parece haber desistido de ella y, ante el rompecabezas, prefiere servirse, según los casos, de una u otra metodología y aun combinar varias.

Los artículos recogidos en tercer y cuarto lugar se ocupan de dos de los «nuevos» grandes problemas del Derecho constitucional. En «Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución», el profesor Böckenförde sugiere, para facilitar el camino, ordenar la discusión en torno a dos cuestiones: la de la idea de los derechos fundamentales sociales como derechos constitucionales (frente a los clásicos derechos fundamentales de libertad) y la de la incardinación jurídico-práctica de esta idea en la estructura de una Constitución democrática y cimentada en el principio del Estado de Derecho (su incorporación en la forma de «mandatos constitucionales»). Es claro que las diferencias de estructura existentes entre derechos fundamentales de libertad y derechos fundamentales sociales de prestación llevan consecuentemente a que éstos tengan una forma distinta de garantía y aseguramiento, por la misma razón que la actitud de los poderes del Estado respecto de ellos es también diversa. Aunque siguen siendo derechos más vulnerables, parece que resulta más eficaz la fórmula de estampar mandatos constitucionales en la Constitución que la de confiar en el progresivo desarrollo de todas las potencialidades de la cláusula del Estado social. Ahora bien, también entraña sus riesgos la plasmación constitucional de los derechos sociales, y el autor advierte del peligro de las codificaciones extensas de derechos sociales en las Constituciones: en la medida en que la realización de éstos depende de la gestión de recursos escasos, cooperan a debilitar la fuerza de los mandatos y a convertir el catálogo de derechos sociales en un puro programa de «buena política». «Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema» trata de la libertad «como la posibilidad real de desarrollo jurídicamente garantizada del individuo en y frente a la sociedad». La problemática de la llamada «eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales» es sólo un aspecto muy lateral de esta cuestión. En definitiva, lo que el

autor pretende es llamar la atención sobre la forma y la medida en que, en su opinión, el poder público debe intervenir sobre la extensión y uso de la libertad por los individuos o las organizaciones en que se agrupan, precisamente para equilibrar el ejercicio de la libertad en sociedad, un marco de crónica desigualdad. Con esta ocasión se ocupa de los focos de poder social, de las consecuencias de la garantía de la propiedad adquirida, del poder de las organizaciones o del poder de los medios de comunicación.

Cierra este volumen el estudio titulado «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de Ley Fundamental», un soberbio análisis al que no le hará justicia cualquier intento de resumen que podamos pretender aquí. Digamos, para no exagerar, que este artículo justificaría por sí solo la edición en español de este libro. Y, sin duda, la traducción de que ha sido objeto contribuye en no poca medida al interés de su lectura. El asunto del trabajo, como indica su título, es, nada más y nada menos, el estudio y evaluación de los desarrollos en el concepto, contenido e interpretación de los derechos fundamentales a partir de la entrada en vigor de la Ley Fundamental (aunque con referencias a la situación durante la República de Weimar) y hasta hoy. El autor pasa revista a las aportaciones tanto de la jurisprudencia constitucional como de la doctrina en esta evolución para exponer cuál es el estado de la cuestión hoy día. Según esto, indica qué consecuencias resultan para la estructura de la Constitución. Por último, se enfrenta con la más grave cuestión por dilucidar: «Si la dogmática de los derechos fundamentales se encuentra en el camino correcto.» En el centro del debate sobre el concepto, interpretación y eficacia de los derechos fundamentales está la doble cualificación que actualmente se les reconoce: por una parte, su manifestación frente al Estado, por su titular, como derechos subjetivos de libertad; por otra, su carácter de normas objetivas de principio y decisiones axiológicas, que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho. Si los derechos fundamentales, en la práctica, rigen como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, afectan no sólo a la relación del individuo con el poder público, sino también al ámbito de la autonomía privada. En cuanto a su eficacia, actúan no sólo como normas de defensa de la libertad, sino también como mandatos y deberes de protección para el Estado. Esta configuración dual ha provocado una transformación de la estructura de la Constitución y ha alterado la posición y función del Tribunal Constitucional Federal. En el ámbito de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ya no aplica únicamente contenidos previos de la Constitución, sino que se convierte en órgano de la concretización jurídico-creativa de la Constitución. El legislador se ve vinculado a esta jurisprudencia en virtud de la primacía de las decisiones del Tribunal Constitucional, de manera que en esta tarea de interpretación y aplicación de derechos fundamentales, aplicación y creación del Derecho vuelven a fundirse.

Como bien señala en el Prólogo a esta edición el profesor Bastida, Böckenförde, preocupado por las cuestiones de interpretación constitucional y por la influencia recíproca entre las distintas doctrinas hermenéuticas y las diferentes teorías de la Constitución, se ha distinguido en todo momento «por una defensa de la Constitución entendida como norma jurídica frente a la progresiva desjuridificación de la norma fundamental y por una búsqueda de una teoría de la Constitución implícita o explícitamente contenida en la Constitución». Tal rasgo se patentiza igualmente en los estudios que reseñamos aquí.

La prestigiosa editorial alemana Nomos parece haber inaugurado una nueva línea editorial publicando textos en español. Saludamos la iniciativa con el deseo también de que consigan adecuada distribución, cosa que no siempre sucede tratándose de libros importados.—*M.^a Angeles Ahumada.*

L. LÓPEZ GUERRA, E. AJA, C. VIVER e I. LASAGABASTER: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1992; 106 páginas.

Las cuatro ponencias presentadas por los autores al Seminario celebrado en Barcelona, en junio de 1991, a las que tan sólo se añade un resumen/abstract en castellano/inglés, conforman esta interesante publicación.

La primera es la debida al profesor y magistrado del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), L. López Guerra (que ya se había ocupado del tema en la obra colectiva *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Pérez Calvo [coord.], Madrid, 1990), quien, precisamente, analiza la jurisprudencia de éste sobre el precepto en cuestión, que contiene lo que ya de modo habitual se conoce como una cláusula abierta, y que resulta ser, además, la cláusula abierta más relevante y la que, entre las de este tipo, más jurisprudencia constitucional ha provocado. Sin embargo, este *corpus* jurisprudencial no constituye «una teoría o construcción conceptual acabada» porque, frente a lo que sucede en otros casos, en éste el TC viene resolviendo *super casum*, sin que sus decisiones impliquen adopción de teoría doctrinal alguna.

A efectos de la exposición, analiza el autor la cláusula de garantía de la igualdad, en que el art. 149.1.1 consiste, desde dos dimensiones: una positiva, como título habilitador para el Estado, la más relevante, y otra negativa, como límite a las competencias de las CC. AA. Como el hoy Vicepresidente del TC indica, el modo más frecuente de alegación de esta cláusula es la de excepción a una competencia autonómica, que se reconoce, ciertamente, pero que el Estado solicita no aplicar al caso concreto en aras de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes. Aunque el Alto Tribunal se ha mostrado contrario a una interpretación extensiva de esta cláusula (por todas, STC 37/87), manifestando su preferencia por los títulos competenciales específicos frente a los genéricos (STC 15/89), en ocasiones reconoce el 149.1.1 como título competencial, si bien casi siempre en combinación con otros (por ejemplo, STC 15/81), o matizado por otros títulos competenciales autonómicos (STC 149/91), o bien no ha traducido ese reconocimiento en algo concreto a la hora de pronunciarse (STC 82/86). Por otro lado, esta cláusula de garantía de la igualdad también sirve (o puede servir) como criterio determinante de que «una norma estatal es realmente 'básica'» en tanto en cuanto contribuye a garantizar unas condiciones mínimas de igualdad, de modo que el 149.1.1 vendría a complementar otras atribuciones básicas del Estado (cfr. STC 64/89). Finalmente, por lo que se refiere a esta vertiente habilitadora para el Estado que supone (o es susceptible de suponer) el 149.1.1, plantea el autor la distinción entre este precepto y la reserva a Ley Orgánica (y por ende al legislador estatal) de los derechos y deberes fundamentales (arts. 53.1 y 81.1 CE), distinción en ocasiones difícil que no se discierne en la jurisprudencia del TC. En fin, su otra ver-

tiente, esto es, su consideración como límite a las competencias autonómicas, aparece clara en la STC 87/85, en la que también surgen dificultades «de conjugación» de esta cláusula con otros títulos competenciales.

El profesor Aja, al que corresponde la segunda de las ponencias, muestra desde el principio su disconformidad con la concepción dominante sobre el 149.1.1, a saber: su negación como título competencial estatal y su consideración, en cambio, como elemento de interpretación de las demás competencias estatales o como límite negativo de las de las CC. AA., concepción que avala la jurisprudencia constitucional (aunque más adelante afirme que «lo peor a largo plazo es la indefinición del precepto provocada por la jurisprudencia errática del TC»). Ni «su ubicación sistemática en el frontispicio de las competencias del Estado», ni las consecuencias prácticas que esta concepción de «aparente devaluación» del precepto están propiciando (un creciente recurso al mismo y una distorsión en los demás títulos competenciales) permiten mantener esta idea sobre el 149.1.1. Para el autor, «no hay duda de que la Constitución lo considera como competencia», competencia que consiste en la regulación de derechos y deberes y que no es exclusiva, puesto que, desde el momento en que la regulación excluye la ejecución, «implicará normalmente la colaboración de las CC. AA. en su realización (gestión, inspección...)». La competencia en cuestión no tiene por objeto, pues, una materia, sino una finalidad, un objetivo, a saber: «La igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes de todos los ciudadanos». Seguramente lo más relevante de la tesis del profesor Aja es la traducción práctica que tiene, según la cual el 149.1.1 es un instrumento en manos del Estado para la consecución del principio social recogido en los artículos 1.1 y 9.2: frente a otros preceptos constitucionales cuyo contenido es la igualdad (arts. 139.1 y 138.2), pero que tienden a garantizar la igualdad jurídica, el 149.1.1 está encaminado —según el citado profesor— a la consecución de la igualdad material: cuando se desee alcanzar «unos determinados niveles de igualdad en todo el territorio» a raíz de una determinada evolución económica y social desfavorable o de cierta coyuntura —por ejemplo, una crisis económica—, los mecanismos de los preceptos antes mencionados resultarían insuficientes. La cláusula del 149.1.1 es, por tanto, según esta tesis, por un lado, una competencia de carácter residual, es decir, de aplicación sólo en defecto de otro título de habilitación: es una cláusula de cierre, como ha expuesto el propio TC (sentencia sobre Ikastolas), y ello tanto en el caso de las competencias concurrentes como exclusivas de las CC. AA.; y, por otro lado, se trata de una cláusula excepcional (frente a lo que viene sucediendo en la práctica, en la que se aplica cada vez con más frecuencia) que, en la concepción de la misma que el profesor de la Universidad de Barcelona propone, «permitiría dar una salida a intervenciones puntuales del Estado para planes nacionales que afecten a todas o a la mayoría de las CC. AA., en búsqueda de un incremento en la igualdad de derechos de los ciudadanos cuando tal objetivo no pueda abordarse con la distribución existente de las competencias».

La ponencia del profesor C. Viver i Pi-Sunyer no responde exactamente al título genérico de la publicación, aunque sí a su objeto (el estudio de la igualdad desde el punto de vista de la autonomía): efectivamente, el propósito de la misma es el pormenorizado análisis del artículo 139.2 (y no, por cierto, como erróneamente figura en la página de entrada al contenido y en el índice, el 132.2), es decir, de la libertad de circulación y de establecimiento de las personas y de circulación de bienes, lo que la

dota de un especial interés, puesto que, como recuerda el autor, no hay estudios monográficos doctrinales en nuestro país sobre el tema. El modo de abordar el estudio y la materia objeto del mismo resultan ya familiares en esta sección, donde en su momento se dio cumplida cuenta de la excelente obra de este profesor, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1989.

La cláusula que contiene el 139.2 es típica de los sistemas no unitarios o complejos (su meta última es la unidad de mercado; su finalidad inmediata es impedir que los mercados de los Entes que forman el sistema complejo, se cierren unos frente a otros; el problema que plantea es el difícil equilibrio entre la necesaria unidad económica estatal y la diversidad inherente a las regulaciones de contenido económico de los Entes), si bien varía mucho la aplicación que en unos y en otros ha tenido: desde la consideración de pieza dorsal del sistema en EE. UU., hasta su escasa relevancia en Austria. En nuestro sistema, el uso de esta cláusula se caracteriza por: *a)* la adquisición de mayor relevancia a medida que el mismo se desarrolla; *b)* la indeterminación, no obstante, de su contenido y su alcance, lo que provoca una conflictividad creciente en su uso, y *c)* una determinada concepción sobre la misma del TC que, el hoy también magistrado del mismo, analiza con detalle y critica en algunos aspectos, a los que propone alternativas. La premisa de la que el autor parte en esta aportación es la necesidad de que, pese a la ambigüedad del enunciado de la cláusula (o más bien, precisamente por ella), ha de determinarse jurídicamente su contenido, y cuanto más, precisamente mejor, pues, habida cuenta de que toda actuación de las CC. AA. es susceptible de incidir en la misma, puede generarse un evidente conflictividad si intervienen ponderaciones políticas. *Viver* analiza esta cláusula estudiando su contenido, lo que ha de entenderse por «medidas» y cuando éstas constituyen (directa e indirectamente) un obstáculo, los sujetos y, finalmente, sus funciones. De estos aspectos, al que más atención dedica es a la determinación del tipo de obstáculos que pueden constituir las medidas adoptadas, porque el resto no presenta especiales problemas, de modo que, a los efectos expositivos de esta nota, parece más conveniente dar cuenta primero de los aspectos menos problemáticos y, conocidos éstos, hacer algo más de hincapié, con la necesaria brevedad, en el grueso de la aportación. Así, *a)* Respecto al contenido de esta cláusula, entiende *Viver* que se encuentra constituido «exclusivamente por las actividades de entrada, salida, desplazamiento y permanencia en el territorio, por la libertad de profesión u oficio y por las libertades propias de la libertad de empresa genéricamente entendida»; en realidad, la finalidad de este precepto (la unidad de mercado) es posible lograrla en nuestro ordenamiento de modo más eficaz a través de otros medios —las propias competencias del Estado—, y el objeto de esta cláusula es el mismo tipo de libertades que figuran en otros (como los arts. 19, 35, 38 ó 157), sólo que las garantías del 139.2 «tienen un menor alcance». *b)* Respecto a los sujetos a los que se dirige el 139.2, son todos los poderes públicos, incluido el Estado (en contra de lo que sucede en el Derecho comparado y en contra también de nuestros precedentes históricos), como se deduce de forma fehaciente de los trabajos constituyentes. *c)* Su función no es la de constituirse en título competencial... en teoría, porque, en la práctica, se emplea como criterio de interpretación (por ejemplo, STC 52/88), de modo que, de constituir un límite competencial externo, que sería su función natural, se convierte —y en no pocas ocasiones de modo sutil, como ejemplifica el autor— en elemento interno del título competencial que esté en litigio. *d)* El término «medidas», genérico como es, ha de entenderse que abarca no sólo

actos normativos, sino también administrativos, la simple vía de hecho e incluso omisiones (un buen ejemplo: la falta publicación en los Boletines correspondientes de los anuncios correspondientes para la adjudicación de contratos que requieran tal publicidad). e) Pero lo más complejo es determinar cuándo las medidas constituyen obstáculo o no y, en su caso, de qué tipo (directo o indirecto). Tras analizar la jurisprudencia constitucional, el autor llega a la conclusión de que el TC utiliza el criterio de la intencionalidad (de obstaculizar o no la libertad de circulación o establecimiento) para determinar si es una medida directa o indirecta: obstaculiza directamente si la medida es intencionada, e indirectamente si la afectación del 139.2 es una consecuencia, pero no el propósito de la medida. Sólo en este segundo caso el Alto Tribunal aplica un *test* para averiguar si es o no un verdadero obstáculo (en el caso anterior se da por supuesto que lo es), *test* que consta hasta de seis puntos, que en el trabajo se detallan, y que es parecido al que se emplea en la CEE para el mismo fin, con el que el autor lo coteja para llegar a la conclusión de que el *test* empleado por el TC es susceptible de crítica desde diversos puntos. Efectivamente, aunque el profesor Viver se muestra de acuerdo con las conclusiones de éste, no lo está con el razonamiento que le lleva a ellas, y, así, critica el criterio de la intencionalidad, que el autor entiende que debe ser sustituido por un criterio objetivo: el de si la medida constituye de verdad un obstáculo, independientemente de su intención; propugna, pese a que es consciente de la gran dificultad que implica su heterogeneidad, alguna clasificación de las medidas para operar con ellas, como la que apunta en el texto; y, en fin, concluye la necesidad de introducir el criterio de la discriminación como fundamental, dado que la finalidad del 139.2 es la garantía de la igualdad de los ciudadanos «ante los diferentes Entes territoriales, no la igualdad de actuaciones de estos Entes». El análisis se completa con una puntualización sumamente interesante, y es que las medidas obstaculizadoras no resultan ser sólo aquellas, cabría decir, que lo son «por defecto», esto es, porque *impiden* la libre circulación o establecimiento, sino que también han de incluirse entre ellas las que *favorecen en exceso* dichas libertades, de modo tal que introducen «distorsiones artificiales que falsean el mercado atrayendo personas o bienes hacia una Comunidad en detrimento del libre juego de las reglas del mercado» (cuestión que, precisamente cuando se escriben estas líneas, se encuentra de plena actualidad); así lo ha reconocido el TC, recuerda el autor, en la STC 64/90.

La última de las ponencias, que corresponde al profesor Lasagabaster, es más específica que las anteriores, pues se ocupa de la relación entre el artículo 149.1.1, el 20.4 y los derechos lingüísticos, en un tono evidentemente reivindicativo: «La unificación lingüística —afirma el autor— se convierte en un mecanismo de dominación y asimilación, lo que tiene importantes consecuencias en el ámbito jurídico. La lengua no «parece» importar al Derecho, excepto la oficial». Comienza dando cuenta de las posiciones doctrinales más relevantes sobre la cláusula del artículo 149.1.1, rechazando la del profesor Aja y mostrándose partidario por contra, al menos inicialmente, de la del profesor Cascajo, que, en realidad, es la dominante: el 149.1.1 es, respecto de las competencias estatales, un «marco teleológico», y respecto de las competencias autonómicas, un límite. Repasa también la jurisprudencia constitucional sobre el mismo precepto, que califica de confusa, pero que sirve para expandir las «normas básicas» que habilita al Estado el artículo 149.1.27 (en el «régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social»). A partir de aquí centra su análisis en el

artículo 20 CE desde la perspectiva que interesa al autor, distinguiendo diversos supuestos según la relación entre lengua y Derecho. En todo caso, el uso del 149.1.1 como criterio de interpretación del 149.1.27 citados nada aporta a los supuestos que antes ha analizado, según trata de demostrar en cada uno de los mismos. En fin, puesto todo ello (el 149.1.1, el art. 20 y los derechos lingüísticos) en relación con la política estatal, concluye que «la puesta en cuestión de los derechos lingüísticos se produce más como consecuencia de la actividad-inactividad de las autoridades estatales que de las autonómicas», según hace ver el autor respecto a algunos supuestos (Ley de televisiones privadas, programación de Radiotelevisión Española), en los que el Estado no tiene en cuenta —afirma— la cooficialidad de las lenguas distintas al castellano en las Comunidades que las poseen.—César Aguado Renedo.

J. OLIVER ARAÚJO: *La objeción de conciencia al servicio militar*, Madrid, Ed. Civitas, 1993; 505 páginas.

Joan Oliver Araújo, catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de les Illes Balears, secretario general de esta misma Universidad y miembro del Consejo Consultivo de Les Illes Balears, define en su libro la objeción de conciencia al servicio militar, tema «complejo, polémico y resbaladizo», como «la negativa a cumplir un mandato de la autoridad o una norma jurídica, invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un imperativo que prohíbe dicho cumplimiento». En esta conceptualización el autor subraya los dos elementos clásicos de la objeción de conciencia que se han puesto de manifiesto en casi todas sus definiciones: la *negativa a cumplir un deber jurídico impuesto por una norma o por una autoridad* y el fundamento de dicha negativa, que debe venir impuesta por un *imperativo de la propia conciencia individual*.

El libro de Joan Oliver es prologado por don Luis López Guerra, catedrático de Derecho Constitucional y vicepresidente del Tribunal Constitucional, quien pone de relieve cómo en la breve cláusula del artículo 30.1 de la Constitución española («la ley regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia») se refleja una vieja cuestión: «Si, caso de directa e insalvable contradicción entre las convicciones personales y las normas de la *polis*, debe atenderse a unas o a otras».

La obra de Oliver se estructura en dos grandes apartados: el primero de ellos, «Introducción al estudio de la objeción de conciencia», que consta de dos capítulos («Aproximación al fenómeno de la objeción de conciencia» y «La objeción de conciencia en el Derecho histórico español»), hace una previa relación de las cuestiones más candentes que se han venido suscitando en torno a la objeción de conciencia, sobre cuyas complejas soluciones entrará abiertamente en capítulos sucesivos. El autor lleva a cabo, asimismo, un estudio del reconocimiento que de la objeción de conciencia se ha hecho en el ámbito internacional y europeo, enlazando toda la historia de los movimientos pacifistas con su concepción actual, para derivar de ello que el reconocimiento de la objeción de conciencia sienta sus raíces en el pasado, a la par que cita a numerosos pensadores, filósofos, pacifistas y científicos de nuestro siglo y anteriores para encontrar el fundamento de toda la filosofía que subyace tras la objeción de conciencia. De aquí concluye que el derecho a la objeción de conciencia sólo tiene de novedoso su reconocimiento y protección en un texto constitucional, pero no las reivindi-

caciones ciudadanas e incluso institucionales, como las de la Iglesia católica principalmente. Estas luchas sociales llevan siglos demandando de los poderes públicos la ponderación entre la conciencia individual y el servicio de armas, según vemos por la profusión de datos y crónicas que el autor recopila.

También en esta primera parte (cap. I) dedica un apartado a las clases de objeción de conciencia, distinguiendo entre *objeción de conciencia directa e indirecta, general y selectiva, absoluta y relativa, total y particular y categórica e hipotética*, en las cuales se advierte, pese a no ser una clasificación exhaustiva, la complejidad de un tema que se resiste a conceptualizaciones escolásticas.

En la segunda parte de la obra, «La objeción de conciencia en España en la actualidad», que consta de tres capítulos (cap. III: «Legislación, jurisprudencia y doctrina sobre la objeción de conciencia»; cap. IV: «La dimensión constitucional del derecho a la objeción de conciencia», y cap. V: «El reconocimiento de la condición de objetor de conciencia»), Oliver se centra ya en su regulación positiva. El capítulo III analiza la normativa constitucional, legal y reglamentaria, los trabajos doctrinales, la prensa diaria y los folletos informativos sobre este derecho, haciendo especial mención, cuando se adentra en su configuración y naturaleza jurídica, a la relación entre la objeción de conciencia y la libertad ideológica, en la que toma postura a favor de concebir la objeción de conciencia como una especificación de la más amplia libertad de conciencia consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución española, a la par que reivindica su carácter de verdadero derecho fundamental.

En el capítulo IV, Oliver relaciona con la objeción de conciencia un tema de gran actualidad, la llamada «objeción de conciencia fiscal», sobre la que hace una contundente afirmación: «La consecuencia de ser reconocido objetor de conciencia es quedar exento de la prestación personal del servicio militar obligatorio y de los demás deberes militares, pero no alcanza en ningún caso a la denominada “objeción de conciencia fiscal”».

También en el capítulo IV analiza de forma sistemática cada uno de los motivos relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia. Asimismo, hace una aproximación a la controversia suscitada en torno a la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia, partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, para finalmente fundamentar su crítica a la vacilante posición del Alto Tribunal ya en la propia constitucionalización de este derecho, ambigua y separada de la libertad de conciencia.

El último capítulo de la obra se ocupa de la solicitud de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia, del momento en el que puede presentarse tal solicitud, del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (al cual define y expone su naturaleza, composición y funciones, analizando también sus resoluciones) y, por último, recoge los tipos de garantías establecidas para proteger el derecho a la objeción de conciencia, deteniéndose particularmente en el procedimiento contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

La cuidada estructuración del libro de Joan Oliver demuestra el acumulado trabajo del autor, que se acompaña con una exposición argumental lógica y coherente, detallada con múltiples ejemplos históricos y una abundante bibliografía.

El autor publica su obra en un momento en el que la perspectiva sobre la objeción

de conciencia, aunque incompleta aún, puede, sin embargo, alcanzar ya una visión global, dado que se cuenta con jurisprudencia constitucional y doctrina sobre el tema. No obstante, quedan aún problemas cruciales por resolver, como las manifestaciones sociales en torno a prestación social sustitutoria y la insumisión, las demandas en torno a la creación de un Ejército profesional o la incorporación de la mujer al servicio militar obligatorio, de cuya constitucional exención, asentada en una forzada interpretación del principio de igualdad, duda la doctrina.

Lo anterior ha dado lugar a que el desarrollo normativo de la objeción de conciencia haya discurrido insatisfactoriamente; así, las dos leyes aprobadas lo han hecho con gran retraso y fuertes polémicas, al igual que su desarrollo reglamentario, también tardío e impugnado; por su parte, el Defensor del Pueblo planteó un recurso de inconstitucionalidad y la Audiencia Nacional promovió varias cuestiones de inconstitucionalidad. Todo ello ha planteado una prolongada provisionalidad e inseguridad jurídica, con lo que se ha impedido que el sistema legal goce de una aplicación pacífica, pese a la evidente benevolencia que el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia viene manifestando en sus resoluciones sobre las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia (basta invocar uno de los motivos que señala el artículo 1.2 de la Ley 48/1984 para obtener una resolución favorable, sin exigirse mayores condiciones ni indagación alguna). En este contexto, y a pesar de las complicaciones con que el autor ha tenido que enfrentarse, no falta en la obra de Joan Oliver un amplio estudio de los principales problemas que la objeción de conciencia ha originado.

Así, resulta de particular interés el detallado examen de cada una de las causas relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia, recogidas en el artículo 1.º de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre. Partiendo de su amplitud, el autor fundamenta los motivos religiosos, éticos, morales, humanitarios y filosóficos, deteniéndose en la cuestión específica de los motivos políticos. Sobre estos últimos se refiere al rechazo que el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia ha hecho de la alegación de motivos de tal carácter si no iban acompañados de otros expresamente reconocidos en la Ley; hace alusión también a los debates parlamentarios y a las interpretaciones doctrinales sobre los motivos políticos, para finalmente aceptar que tienen entidad suficiente por sí solos para que quien los invoque alcance la condición de objetor, alegando como argumento principal la posibilidad de su inclusión en los motivos filosóficos o dentro de la cláusula abierta, «otros de la misma naturaleza», que utiliza el precepto mencionado.

Asimismo, Joan Oliver estudia el aspecto del período en el que puede presentarse la solicitud de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, tema también de gran complejidad y que ha generado no pocos conflictos. El artículo 1.º de la Ley 48/1984 contempla dos momentos: antes de que se produzca la incorporación al servicio militar en filas y, una vez finalizado éste, mientras se permanezca en la situación de reserva, cuyos procedimientos son exhaustivamente analizados.

Lo anterior impide la aceptación de la llamada objeción de conciencia sobrevenida, que, según el autor, es «aquella cuyo reconocimiento pretende obtenerse en la situación de actividad del servicio militar». Oliver examina las dudas que sobre la constitucionalidad de esta exclusión se han planteado en la doctrina, cuestionándose por qué un ciudadano no puede llegar a ser objetor de conciencia una vez incorporado al servicio militar en filas. El Derecho extranjero, los debates parlamentarios que concluyeron

con la Ley 48/1984 y la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 161/1987, de 27 de octubre, sobre la objeción de conciencia sobrevenida —de la cual el autor disiente—, sirven de base para hacer una valoración crítica de la prohibición, esgrimiendo fundados argumentos que le llevan a concluir que «el legislador, con el artículo 1.3 de la Ley 48/1984, ha establecido la suspensión temporal de un derecho sin estar constitucionalmente habilitado para ello». Acto seguido, aporta soluciones que armonizan el respeto al derecho del soldado objetor y la salvaguarda de la organización y el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

El autor se ha preocupado asimismo de responder a la delicada cuestión de la objeción de conciencia en tiempo de guerra, sometiendo tal posibilidad a cuestiones circunstanciales: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación española, los poderes públicos legítimos podrán limitar el derecho a la objeción de conciencia en la medida estricta en que lo exija la situación.» Es ésta una fórmula vaga que refleja el temor a las fatales consecuencias que para el Estado originaría una amplia aceptación de la objeción de conciencia en un momento de fuerte crisis.

En la obra se plantea también la constitucionalidad de la mayor duración de la prestación social sustitutoria frente a la menor del servicio militar (trece meses la primera y nueve el segundo), entendiendo Oliver que vulnera el principio de igualdad: «Sería muy deseable que el legislador, a través de una reforma normativa, o el Tribunal Constitucional, mediante un cambio jurisprudencial, eliminara esta desigual duración del servicio militar y la prestación social sustitutoria, la cual, además de inconstitucional, es políticamente nefasta, pues es la principal bandera que enarbolan los grupos de insumisos».

Sin embargo, sobre la «insumisión», es decir, la negativa a cumplir cualquier prestación personal a favor de la comunidad, el autor entiende que debe ser castigada, porque no penalizarla vulneraría el principio de igualdad de aquellos ciudadanos que cumplen los deberes que las leyes democráticas les imponen.

El autor cierra su estudio con un análisis del sistema de garantías establecido para proteger el derecho a la objeción de conciencia, distinguiendo entre las no jurisdiccionales y las jurisdiccionales. Como garantías no jurisdiccionales considera aquellas que no se sustancian a través del proceso; así, entiende como garantía no jurisdiccional la posibilidad de aplicación directa del derecho a la objeción de conciencia, con lo que vincula a todos los poderes públicos; que la normativa de desarrollo deba adoptar la forma de ley ordinaria; la formulación de un «contenido esencial» del derecho a la objeción de conciencia, debiendo éste ser respetado por el legislador; la necesidad de que se prohíban los Decretos-leyes en el ámbito de este derecho; que goce de la protección que otorga el recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161.1 de la Constitución y que deba seguirse el procedimiento rígido de reforma constitucional para modificar el precepto que reconoce el derecho a la objeción.

Expone también las garantías jurisdiccionales de la objeción de conciencia, entre las cuales señala su tutela a través de las vías jurisdiccionales ordinarias, del procedimiento contencioso-administrativo preferente y sumario regulado por la Ley 62/78 y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, estudiándolos detalladamente en apartados distintos.

En conclusión, la obra de Joan Oliver introduce con rigor nuevas aportaciones al controvertido y actual problema de la objeción de conciencia, con escrupulosas funda-

mentaciones y un repaso exhaustivo de la legislación, jurisprudencia constitucional y doctrina sobre este tema, haciendo de ella una imprescindible lectura no sólo para aquel a quien interesen las cuestiones relativas a la objeción, sino también para quienes deseen ejercer este derecho.—*Elia Pérez Hernández.*

BENIGNO PENDÁS GARCÍA (coord.): *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común)*, Barcelona, Praxis, 1993; 1063 páginas.

I

Acostumbrados a que las normas jurídicas entren en vigor «al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*» (cuando no en el mismo día), la *vacatio legis* establecida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puede parecer un generoso regalo del legislador. Sin embargo, si se atiende a su contenido, se cae en la cuenta de que el estudio de la nueva norma no es cosa de tres ni de seis meses, sino probablemente de lustros o de décadas. Aun cuando resultaría muy deseable que una ley de reforma mejorase muchas deficiencias del nuevo texto, es probable que éste tenga una vigencia, si no igual, al menos comparable a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (la cual, dicho sea de paso, sigue en vigor, entre las ruinas de su antigua grandeza).

Desde principios del pasado año 1993 han sido numerosos los cursos y las publicaciones dedicados a la Ley 30/1992. Todos ellos expresan una innegable valentía, al dar los primeros pases a un toro todavía no sometido a la suerte de varas de la jurisprudencia. A través de estos esfuerzos, con frecuencia condicionados por la premura de tiempo, la comunidad jurídica comienza a conocer la nueva res, sus cualidades y sus defectos, y a plantearse la mejor forma de lidiarla. Como ocurre con frecuencia en las plazas, no faltan voces que piden que se devuelva a los corrales, alegando cojera u otros vicios de consideración. No es de esperar, sin embargo, que la presidencia atienda a estos ruegos, dada la ilusión con que ella misma crió el nuevo toro.

Una de estas publicaciones, tal vez la primera en aparecer, ha sido la llevada a cabo bajo la coordinación de Benigno Pendás García por dieciocho prestigiosos autores. Contra lo que pudiera parecer en una primera aproximación, no se trata de una obra «de comentario» en el sentido habitual del término, en el que las aportaciones del autor se fragmentan en tantas partes cuantos preceptos tiene la norma analizada, y se sitúan tras la reproducción literal de éstos. Por el contrario, el planteamiento de *Administraciones Públicas y ciudadanos* se basa en la interrelación entre unos artículos y otros, y así se opta por incluir dos estudios generales (uno sobre la evolución histórica del procedimiento administrativo y otro sobre los principios y el ámbito de aplicación de la nueva Ley), tras unas reflexiones preliminares del coordinador. A continuación se aborda la Ley en trece capítulos, que responden a grupos homogéneos de materias (relaciones entre las Administraciones Públicas, órganos, interesados, derechos de los

ciudadanos, silencio administrativo, disposiciones y actos administrativos, nulidad y anulabilidad de éstos, iniciación, ordenación e instrucción del procedimiento, finalización del procedimiento y ejecución forzosa de los actos, revisión de oficio, recursos administrativos, potestad sancionadora de las Administraciones Públicas y responsabilidad). Por último, se incluye una completa bibliografía ordenada según la estructura de la Ley 30/92, a cargo de Pilar Baselga García-Escudero, archivera-bibliotecaria de las Cortes Generales.

Tal disposición favorece una lectura continuada, que en otras obras de su género resulta engorrosa y permite así una rápida familiarización con las principales novedades del nuevo texto legal y con los problemas básicos que suscitan. De este modo, *Administraciones Públicas y ciudadanos* constituye, más que un libro de consulta, una buena guía para acercarse a una cabal comprensión, en la medida en que ello es posible, de las instituciones que resultan modificadas por la Ley del 26 de noviembre pasado.

Entre los autores, la profesión más común es la docencia de alguna disciplina jurídica (sólo cinco no la hacen constar entre sus títulos). No obstante, casi todos reúnen alguna otra condición, normalmente relacionada con el ejercicio del Derecho en uno de los tres poderes del Estado. Así, son numerosos los letrados de las Cortes Generales, aunque no faltan letrados del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional, magistrados del orden contencioso-administrativo y administradores civiles del Estado. También destaca la colaboración de un abogado del Estado y de un letrado del Parlamento Vasco, además de la redactora de la bibliografía antes citada. Todo indica, pues, que en la elección de los autores se ha buscado un equilibrio entre conocimiento teórico y aplicación práctica del ordenamiento jurídico, que sin duda beneficia al conjunto de la obra.

II

De las reflexiones preliminares sobre la nueva Ley, a cargo de Benigno Pendás, destaca el planteamiento de dos cuestiones vertebrales en el Derecho público actual, como son la resistencia a la sujeción a Derecho, en aras de una mal entendida eficacia o de una exención de «lo político» por una parte y la autotutela administrativa por otra (págs. 21 a 24). En cuanto a lo primero, no dejan de ser preocupantes las noticias que llegan a propósito de la nueva Ley de Gobierno, cuyas zarpas asoman por debajo de la puerta de la Ley 30/1992, en el mismísimo número 1 de su Exposición de motivos. En cuanto a lo segundo, tal vez se ha desaprovechado una magnífica oportunidad para promover un debate social amplio sobre los poderes «exorbitantes» de la Administración y su posible limitación.

Martín Bassols Coma es autor del estudio general que encabeza la obra, el cual puede ser calificado como una magnífica pieza en la historia del procedimiento administrativo. Con gran claridad y con un amplio manejo de la documentación (especialmente interesante en cuanto a los antecedentes parlamentarios de las normas), el catedrático de Derecho Administrativo va trazando la evolución de las instituciones procedimentales desde el Real Decreto de 14 de septiembre de 1872 hasta nuestros días. Sus sesenta y ocho páginas resultan quizá más formativas que muchos gruesos volúmenes al uso, porque penetran en la entraña del significado del procedimiento adminis-

trativo y de la influencia que sobre él ha ejercido el proceso judicial. A través de su lectura se alcanza el punto de vista adecuado para una profunda inteligencia de la Ley de 17 de julio de 1958 y de la de 26 de noviembre de 1992.

Tras el estudio de Fernando Sainz Moreno, relativo al ámbito y a los principios de la nueva Ley, se encuentra el de Pablo Santolaya Machetti, que versa sobre las relaciones entre Administraciones Públicas. De este último destaca el empleo de decenas de sentencias del Tribunal Constitucional que ilustran al lector sobre el sentido del Título I de la Ley 30/92, así como la aguda crítica que realiza al artículo 4.

Los capítulos 5 y 6 de la obra se refieren a los órganos de las Administraciones Públicas y a los interesados. El primero ha sido redactado por Enrique Lucas Murillo de la Cueva, en tanto que el segundo es trabajo conjunto de José Luis Piñar Mañas y de José Antonio Moreno Molina. A pesar de la brevedad de éste (tan sólo veinte páginas), supone un análisis cumplido de los cinco preceptos del Título III de la Ley de 26 de noviembre de 1992.

A continuación de la colaboración de Juan Carlos da Silva Ochoa (que se ocupa de los derechos de los ciudadanos, con especial referencia a las lenguas y al acceso a los Registros), Ernesto García-Trevijano Garnica trata del silencio administrativo. Es ésta tal vez una de las cuestiones en las cuales la nueva Ley ha introducido mayor confusión, por la defectuosa técnica legislativa empleada y por el empeño (denunciado por García-Trevijano) de unificar el silencio positivo y el negativo. Precisamente por ello resulta ilustrativa la lectura de este brillante capítulo de *Administraciones Públicas y ciudadanos*, en el que el autor, que se cuenta entre los mejores especialistas en la materia, trata de lograr una interpretación razonable de los preceptos. Así, entiende que la categoría «acto inexistente» no ha desaparecido, pues los «requisitos esenciales» de los actos por los que se adquieran derechos o facultades, cuya falta da lugar a la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.f), son los requisitos materiales. Si, por el contrario, faltasen los requisitos procedimentales básicos, el acto sería inexistente (como el solicitante de una licencia de edificación que no acompañase el proyecto y, sin ser requerido para hacerlo, transcurriese el plazo del silencio positivo) (págs. 356-358). Especialmente interesantes son sus reflexiones sobre el valor de la certificación de actos presuntos, que estima necesaria, desde el punto de vista práctico, para que juegue la figura del silencio administrativo (pág. 372). Aprecia el autor que las Administraciones Públicas deberán abstenerse de resolver no sólo cuando se haya emitido la certificación, sino también cuando hayan transcurrido veinte días desde su solicitud (pág. 367); a partir de entonces sólo puede ser dictada una «certificación tardía», que, a su juicio, reabre los plazos para interponer los recursos correspondientes. A pesar de los pocos meses de vigencia de la Ley 30/1992, el trabajo contenido en las treinta y nueve páginas que García-Trevijano dedica al silencio administrativo se perfila como fundamental, en el sentido estricto del término, para el debate doctrinal y jurisprudencial que, sin duda alguna, la materia suscitará.

El capítulo 9 de la obra es una tarea conjunta de Alberto Dorrego de Carlos y Carlos Gutiérrez Vicén, letrados de las Cortes Generales, y se refiere a las disposiciones y a los actos administrativos. Destaca de manera especial el tratamiento de estos últimos y, más en particular, el de sus requisitos.

Otro de los puntos en que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común introduce relevantes novedades es

el relativo a la invalidez de los actos administrativos. De este tema se ocupa Juan José Lavilla Rubira, en una magnífica aportación, que destaca tanto por su solidez como por su agudeza. Tras expresar un juicio general favorable a los artículos 62 a 67 de la nueva norma, explica cómo su contenido se ha de encuadrar en el «procedimiento administrativo común» (y no en las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas»), con las repercusiones que ello tiene en relación a las competencias de las Comunidades Autónomas (págs. 492-495). En cuanto a las causas de nulidad de pleno derecho, elogia la inclusión en la Ley de la lesión de los «derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», que recoge la práctica del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado, y que había sido postulada por la doctrina, si bien matiza esta opinión en cuanto a la restricción de la nulidad a aquellas lesiones que afecten en su «contenido esencial» (págs. 497-505). Mayores reservas formula al artículo 62.1.f), en la medida en que sólo menciona los actos favorables, olvidando por completo los de gravamen (pág. 512). Entiende, a pesar de ello, que estos últimos son reconducibles a los párrafos designados con las letras *b)* o *c)* del precepto, cuando en verdad falten los «requisitos esenciales» a que alude la letra *f)*. Otra variación de la Ley 30/1992 es la eliminación del artículo 53.5 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, que impedía la convalidación de los actos en cuya adopción se hubiesen omitido informes o propuestas preceptivos. No obstante, Lavilla entiende que, en muchos casos, se incurre en la causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1.e). Por último, destaca el autor la no inclusión de una cláusula de nulidad para vicios especialmente graves, redactada en términos generales, análoga a la contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo alemana (pág. 516). Tal cláusula, aunque no fuera la más deseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica (por lo indeterminado de la expresión), flexibilizaría el sistema, dando solución a algunos supuestos no fácilmente previsibles en que la justicia demanda el máximo rechazo del ordenamiento jurídico.

La elaboración de los capítulos dedicados al procedimiento administrativo, que se divide a estos efectos en fases iniciales (iniciación, ordenación e instrucción) y finalización y ejecución, corre a cargo, respectivamente, de José María Jiménez Cruz y de Manuel Táboas Bentanachs. Tras ellos, José Antonio García-Trevijano Garnica trata la revisión de oficio de los actos administrativos en un artículo en que muestra gran perspicacia para detectar problemas que la ley puede presentar. A título de ejemplo señala la indeterminación de la persona a quien la ejecución del acto revisado puede ocasionar «perjuicios de imposible o difícil reparación» que habiliten para suspenderlo (artículo 104), la ausencia de límites de tal suspensión o la imposibilidad de suspender, al amparo del artículo 111.4, la suspensión acordada (págs. 646, 647 y 654). García-Trevijano critica alguna de las innovaciones introducidas, como la eliminación del carácter habilitante del dictamen del Consejo de Estado o del órgano autonómico competente, en la revisión de oficio de los actos anulables. Se suma así a las críticas generalizadas que se han formulado en este punto contra el artículo 103.1 de la nueva Ley.

Ángel Arozamena Laso se ocupa de los recursos administrativos, en su comentario a los artículos 107 a 119 de la Ley 30/1992. Por su parte, Carmen Chinchilla Marín realiza un cuidadoso e interesante estudio de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas en el que, partiendo de la superioridad de la nueva regulación sobre la anterior, no elude poner de relieve las deficiencias observadas. Entre ellas tiene particular gravedad la relativa al artículo 130.1, que parece querer eliminar las exigencias de

dolo o culpa en el ciudadano para poder resultar acreedor de una sanción administrativa, en contra de lo expresamente mantenido por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias que se citan (págs. 761-765). La interpretación correctora de Carmen Chinchilla —que se extiende a los supuestos de solidaridad— parece imponerse como la única opción que puede salvar la constitucionalidad del precepto.

El libro concluye con unas páginas sobre responsabilidad de las Administraciones Públicas, debidas a José Luis Fuertes Suárez, y con la bibliografía elaborada por Pilar Baselga García-Escudero.

III

Sin negar las mejoras que la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, introduce en el ordenamiento administrativo español, parece indudable que un más extenso y pausado debate doctrinal sobre su proyecto y una más detenida consideración a los estudios publicados desde la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo habrían redundado en beneficio de la nueva Ley y, en definitiva, de la Administración Pública y de los ciudadanos. Sólo resta confiar en que, en sucesivas sustituciones de las normas básicas del Derecho Administrativo español (Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, retales de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de la de Procedimiento Administrativo, Ley de Organización de la Administración Central del Estado...), y en eventuales modificaciones de la Ley 30/1992, se haga un esfuerzo por fomentar una mayor participación, de modo que el texto que se apruebe en definitiva esté a la altura de la comunidad jurídica que lo ha de enseñar y aplicar.—*Víctor Torre de Silva y López de Letona.*

ANDREA PISANESCHI: *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato (presupposti e processo)*, Giuffrè, Milán; 420 páginas.

El conflicto entre los poderes del Estado, como proceso del que conoce la Corte Constitucional italiana, suscitó desde el primer momento —y a pesar de su escasa transcendencia práctica durante los primeros veinte años de existencia— el interés de la doctrina de aquel país. Los diversos estudios publicados en esos años —entre los que destaca la monografía de Mazziotti, *I conflitti de attribuzione fra i poteri dello Stato*, 2 vols., Milán, 1972— debieron de realizarse, sin embargo, desde una perspectiva meramente teórica. A partir de 1975, el número de conflictos planteados —y admitidos por la Corte— ha aumentado considerablemente, aunque sigue siendo relativamente bajo si se compara con otros procesos constitucionales. Al hilo de la jurisprudencia de la Corte recaída en estos conflictos han ido apareciendo nuevos estudios doctrinales, pero faltaba un tratamiento de carácter monográfico elaborado desde esta perspectiva jurisprudencial, y esa laguna es la que —según señala expresamente el autor— se pretende colmar con la obra de la que damos noticia.

En la breve introducción con la que se abre el libro se hacen dos advertencias previas. La primera se refiere al papel real que ha cumplido esta competencia de la Corte Constitucional, que, en todo caso, ha tenido una menor transcendencia de lo que inicialmente se había imaginado; la mayor parte de los conflictos planteados no han incidido

en la estructura constitucional, sino en un nivel organizativo inferior. La segunda advertencia es de tipo metodológico: durante años, y como consecuencia de la señalada ausencia de controversias, se trasladaron con frecuencia al conflicto entre poderes las categorías del conflicto entre el Estado y las Regiones. Para el autor, entre ambos procesos existen diferencias lo suficientemente importantes como para no abusar en la traslación, más o menos automática, de categorías.

Entrando ya en el contenido del libro, éste se divide en dos partes: la primera está dedicada al ámbito subjetivo del conflicto, y la segunda, al elemento objetivo y a los aspectos procesales. La parte primera constituye, sin duda, el núcleo de la obra y abarca sus trescientas primeras páginas (las tres cuartas partes del libro). Esta descompensación en favor del elemento subjetivo del conflicto se justifica para el autor en que la determinación del mismo es el *punto nodal* para la reconstrucción del instituto del conflicto entre poderes, y ello por varias razones: porque el problema de determinar los sujetos legitimados *ad procesum* no se da en otros procesos constitucionales; porque en ningún otro proceso la mayor o menor amplitud del círculo de los sujetos legitimados condiciona de forma tan decisiva las posibilidades reales de funcionamiento del instituto, y, por último, porque esa mayor o menor amplitud del ámbito subjetivo incide de forma determinante en el elemento objetivo.

Los problemas para la determinación de los sujetos surgen en buena medida por la redacción ambigua tanto del artículo 134 de la Constitución italiana —que se refiere a «los poderes del Estado»— como del artículo 37 de la Ley número 87 —que habla de los «órganos competentes para declarar definitivamente la voluntad del poder al que pertenecen»—, preceptos que contienen el régimen normativo de esta competencia y a cuyo proceso de elaboración se dedica el capítulo I del libro. Ante la falta de concreción normativa han surgido diversas interpretaciones doctrinales, a cuyo análisis se dedica el capítulo II. Las diversas posiciones mantenidas por la doctrina coinciden en considerar que los «poderes» a los que se refiere el artículo 134 de la Constitución no se identifican con los de la división tripartita de Montesquieu, pero mientras que para algunos —Mazziotti y Sorrentino principalmente— la doctrina de la división de poderes, una vez actualizada a través de la noción de *checks and balances*, sigue siendo el punto de partida para poder llegar a una noción de poder, para otros —Volpe y Silvestri— se debe prescindir absolutamente del principio de separación de poderes que «no es susceptible de actualización», acudiéndose entonces bien a la noción de órgano constitucional, bien —en el caso de Silvestri— a la idea de «ciclo constitucional» a partir de la cual se entiende por poder aquella institución dotada de un *status* constitucionalmente garantizado que le permite introducirse en la estructura organizativa del Estado. Similares discrepancias se han producido a la hora de determinar qué debe entenderse por «órgano competente para declarar definitivamente la voluntad del poder» (art. 37 de la Ley). Muy esquemáticamente, las posiciones pueden reducirse a las siguientes: los que entienden que se trata del órgano de vértice de cada poder (Pierandrei y Sandulli); los que consideran que la determinación del poder sólo puede hacerse en relación con el carácter definitivo del acto que suscita el conflicto (Mazziotti), y los que consideran que el adverbio «definitivamente» se refiere no al acto, sino al poder, y entonces resulta necesario distinguir entre el órgano que materialmente es parte en el conflicto (*legitimación sustantiva*) y el que actúa en el proceso (*legitimación procesal*), que deberá ser el órgano supremo de cada poder (Sorrentino). Para otros, por

último, la determinación del órgano que puede intervenir en el proceso no se puede realizar en abstracto ni atendiendo al carácter definitivo del acto, sino en función de la competencia controvertida (Cerri).

Por su parte, la Corte Constitucional (capítulo III), tras un período inicial en el que evitó pronunciamientos abstractos sobre el tema y en el que se limitó a inadmitir los conflictos que se le plantearon, ha seguido en buena medida las tesis *aperturistas* de Mazziotti deduciendo la calificación de «poder» de la función desempeñada por el órgano en el sistema de *checks and balances* y rechazando la distinción de Sorrentino entre legitimación sustantiva y procesal. Como consecuencia de esta doctrina ha admitido la legitimación tanto de poderes-órganos como de órganos-poderes, entendiendo por estos últimos aquellos órganos que, aunque encuadrados en un poder, pueden expresar definitivamente la voluntad del mismo. Se ha reconocido así legitimación a los órganos constitucionales, a cada uno de los órganos que integran el poder judicial (que es concebido como un *poder difuso*) o a órganos no propiamente estatales como el Comité promotor de un referéndum. Esta multiplicación de los poderes ha llevado a que, en buena medida, los conflictos pierdan el nivel constitucional para el que inicialmente parecían pensados.

Para Pisaneschi, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no está exenta de contradicciones y resulta tan insatisfactoria como las doctrinas en las que se apoya. Por eso en el capítulo IV procede a aportar unos criterios para la definición de «poder» a los efectos del conflicto constitucional. El criterio fundamental del que debe partirse es el de la competencia, criterio que tiende a absorber el resto de los utilizados en la medida en que constituye el «mínimo común denominador» de todos ellos. Condición necesaria para determinar si nos encontramos ante un poder a los efectos del conflicto constitucional es la existencia de un órgano previsto en la Constitución y dotado por ésta de una competencia; se produce así la identificación entre órgano y poder. Esta condición, necesaria para que estemos ante un poder a los efectos del conflicto, no resulta, sin embargo, suficiente; para que el órgano pueda intervenir en el conflicto es preciso además que esté en condiciones de declarar definitivamente la voluntad del poder, y esto ocurre cuando puede ejercer sus atribuciones de forma autónoma e independiente. Partiendo de estos presupuestos el autor se muestra partidario de abandonar todo intento de definición del poder desde la teoría clásica de la división de poderes y de superar muchas de las categorías utilizadas por la Corte Constitucional tales como poder-órgano, órgano-poder, poder complejo o poder difuso.

A partir de este entendimiento de las nociones de poder y competencia procede el autor a examinar, en el último capítulo (el V) de esta parte primera, los principales problemas que se plantean para identificar a los posibles sujetos de un conflicto entre poderes del Estado. El análisis se hace con gran detenimiento y se revisan muchas de las construcciones sostenidas hasta el momento por doctrina y jurisprudencia. Son posiblemente las páginas centrales de la obra y en ellas se analizan con especial detalle los problemas que plantea la legitimación de los órganos del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo y del Parlamento. Aunque con menor extensión, se analiza también la posible legitimación de otros órganos tales como el Presidente de la República, el Tribunal de Cuentas, la propia Corte Constitucional y el Comité promotor del referéndum. En todos los casos el dato decisivo para determinar si estamos o no ante un poder a los efectos del conflicto será la existencia de un órgano dotado de competencias constitucionales que ejerce de forma independiente.

La segunda parte del trabajo se centra en los aspectos objetivo y procesal de esta competencia de la Corte. Los elementos que integran el perfil objetivo del conflicto —parámetro de control, vicios alegables y actos que pueden impugnarse— vienen en buena medida determinados por el entendimiento previo del elemento subjetivo a que acabamos de referirnos. En relación con el parámetro, un poder puede plantear el conflicto para tutelar el ejercicio de atribuciones constitucionales independientemente del nivel —constitucional o no— de las normas que lo regulan: las normas de la Constitución deben así integrarse necesariamente con las normas inferiores de desarrollo que concretan en competencias la titularidad de la función prevista en los preceptos constitucionales. En cuanto a los vicios que pueden alegarse, señala el autor la conveniencia de superar la noción tradicional de *vindicatio potestatis*, entendiendo que ésta se da no sólo cuando hay invasión competencial, sino también cuando se produce una *interferencia* en las competencias de otro órgano; no debe atenderse tanto a si el acto objeto de conflicto fue dictado o no en ejercicio de una competencia propia cuanto a si tal acto ha producido una lesión en las competencias del sujeto pasivo del proceso. La determinación de los actos objeto del conflicto no plantea especiales problemas salvo por lo que se refiere a las leyes, ya que en la sentencia 406/1989 la Corte ha rechazado —en términos que el autor considera criticables— que éstas puedan ser objeto de conflicto.

El capítulo II de esta segunda parte (y último de la obra) se centra en los aspectos procesales del conflicto. Como puntos más destacables cabe señalar la exclusión del planteamiento del conflicto en vía incidental y la existencia de un juicio preliminar de admisibilidad con el que se persigue precisar los términos en que se plantea el conflicto y determinar el sujeto pasivo del proceso. Esta determinación corresponde a la Corte, lo que no es sino una manifestación de otra peculiaridad de este proceso que consiste en la combinación del principio rogatorio, que lleva a que la Corte actúe sólo a instancia de parte, con un cierto impulso de oficio (que vuelve a manifestarse en las amplias facultades instructoras de la Corte y que se justifica por estar en juego algo más que meros intereses de parte). Es discutido si entre las facultades de la Corte se incluye la de suspender el acto o disposición objeto de conflicto; esta posibilidad se recoge en la regulación de los conflictos entre el Estado y las Regiones, pero no está prevista en los conflictos entre poderes. Para el autor, la suspensión es posible, ya que la remisión que el artículo 22 de la Ley número 87 hace al Reglamento de procedimiento del Consejo de Estado permite aplicar en este caso las medidas cautelares previstas para los procesos administrativos. Las últimas páginas se dedican a la sentencia que pone fin al conflicto y, más en concreto, a los problemas que surgen para determinar su eficacia, problemas que se concretan en la determinación de si se produce o no el efecto de cosa juzgada y en la determinación del alcance de los efectos que para terceros ajenos al conflicto puede tener la declaración de nulidad del acto o disposición impugnados.—*Angel J. Gómez Montoro.*

DAVID G. SAVAGE: *Turning Right. The Making of the Rehnquist Supreme Court*, John Wiley & Sons, Inc., Nueva York, 1992; 473 páginas.

El 26 de septiembre de 1986 William H. Rehnquist juró su cargo como *Chief Justice* del Tribunal Supremo. Quedaba inaugurada la era de los conservadores. Las nomi-

naciones que siguieron durante el mandato de Reagan (Scalia y Kennedy) y más tarde con Bush (Souter y Thomas) operaron el definitivo «cambio de guardia» y garantizaron por primera vez en este siglo una cómoda mayoría para emprender la revolución conservadora e intentar, con perspectivas de éxito, paliar los excesos liberales de la época del Tribunal Warren. La historia que este libro abarca comienza precisamente con la designación de Rehnquist como presidente del Tribunal y termina con la confirmación por el Senado de Clarence Thomas tras los *hearings* que tuvieron como protagonista a Anita Hill. Los pronósticos acerca de la amenaza de un Tribunal ideológicamente monolítico, compuesto por jueces nombrados por presidentes «ultra-republicanos» y *WASP* que, dada su proverbial longevidad, seguirían revocando la doctrina liberal más allá del año 2000, parece que no se cumplirán. Bush no resultó reelegido, con lo que vuelve el turno para las nominaciones «demócratas».

El autor del libro, un periodista de *Los Angeles Times* encargado de la crónica del Tribunal Supremo, pretende algo similar a lo que consiguió *The Brethren*—un auténtico *bestseller*— respecto del Tribunal capitaneado por Burger en la década de los setenta: contar la intrahistoria del quehacer del más poderoso Tribunal, cuando los protagonistas son los jueces y no sus sentencias. Vaya por adelantado que un libro así sólo es posible en Estados Unidos no sólo por el amparo de la casi todopoderosa Primera Enmienda, sino porque es preciso que doscientos años sostengan una institución para que las críticas más desabridas hacia sus miembros o su forma de operar no se consideren desestabilizadoras. El panorama descrito por el libro, una lucha por el poder no siempre con fines altruistas y en muchas ocasiones movida desde la Presidencia de la Nación, es fundamentalmente desmitificador. La base de la información de que se ha servido su autor ha sido la producción escrita del Tribunal; por tanto, dictámenes, *opinions* y *dissents*, pero también una larga serie de entrevistas con los propios protagonistas, así como con los asistentes que colaboran con ellos. Sus opiniones, mantenidas en el anonimato, permiten al autor sacar conclusiones, contar anécdotas de puertas adentro y lograr una caracterización en crudo de la personalidad de cada juez.

Si en este relato hay un héroe, ese es William J. Brennan, ciertamente uno de los últimos grandes jueces, de la talla de Brandeis o Holmes, distinguido por su liderazgo durante décadas en el Tribunal, frente a cualquiera de los presidentes, y por su batalla personal en las causas donde se debatiera cualquier rebaja en materia de derechos civiles, *affirmative action*, libertad de expresión, garantías procesales en casos criminales y, por supuesto, su decidida oposición a la pena de muerte como «*cruel and unusual punishment*». Aliado en esta cruzada era Thurgood Marshall, junto con Byron White, superviviente del Tribunal Warren, y el primer juez negro del Tribunal. En el libro se describe su triste decadencia física —el nombramiento de por vida tiene estos problemas— y su aislamiento tras la retirada de Brennan cuando quedó definitivamente confinado a la sección de *dissents*.

Cuenta el autor que Brennan, cada año, preguntaba a sus recién llegados asistentes cuál creían que era la más importante de las reglas del Tribunal. Si éstos, sorprendidos, daban en pensar en la defensa de los altos principios o en el *judicial restraint*, el juez, alzando la palma de la mano con los dedos extendidos, instruía sobre la regla que no deberían olvidar en lo sucesivo: «Hacen falta cinco votos para conseguir cualquier cosa en el Tribunal Supremo.» Y en torno a la *rule of five* gravita toda la estrategia en la elaboración de decisiones y, evidentemente, de las nominaciones. Los elegidos por Ni-

xon no siempre cumplieron con las expectativas y Reagan no quería exponerse a los riesgos de designar «librepensadores». El fracaso principal lo supuso el juez Blackmun, un conservador sin tacha que, sin embargo, redactó *Roe v. Wade*, la sentencia que consagró el derecho al aborto, y cuya preservación asumió como misión en la vida. Con todo, tratándose de jueces, los conservadores sin desviaciones son una especie singular. El único bastión seguro ha sido en todo momento Rehnquist; en buena medida, Scalia, y bajo el liderazgo de ambos, los últimos en llegar, Kennedy y Souter. Sandra Day O'Connor, la primera mujer en acceder al Tribunal Supremo, aunque de clara filiación ideológica, estaría expuesta a determinadas debilidades precisamente por su femenina condición, de forma que su voto no era seguro en ciertos casos de derechos civiles, *affirmative action* cuando hubiera problemas de discriminación por razón de «género» o en los polémicos casos de condenas de pena capital a menores. Una persona hubiera ejercido el liderazgo ideal desde el Tribunal en la revolución legal pretendida por Reagan. Esa fue la baza en la que se emplearon a fondo Reagan y su implacable *Attorney General* Edwin Meese III. Apostaron fuerte y perdieron. Robert Bork, reputado jurista, nuevo apóstol del *judicial restraint* y de la doctrina del *original intent*, no quiso o no supo envolver con colores agradables para la vista de los senadores demócrata la ácida opinión que le merecían las sentencias «creativo-liberales» del Tribunal. El Comité Judicial del Senado no lo aprobó tras los *hearings*, y el Pleno del Senado votó contra su confirmación. Curiosamente, desde la Presidencia se criticó que esta nominación hubiera sido «politizada» por quienes finalmente la impidieron. En su lugar entró A. Kennedy, tercero en la terna.

Tras la dimisión de Brennan, en julio de 1990, los radicales del *Bill of Rights* perdieron su líder, Rehnquist aparecía sin opositor y se instalaba la cómoda mayoría conservadora en el Tribunal. La designación de un nuevo juez (en este caso fue Souter) garantizaría en adelante el «quinto voto». Además, era inminente el retiro de Marshall, que hacía tiempo no estaba en condiciones de dar la talla. Pese a que todo este relato está escrito en clave de contraposición entre la visión conservadora o liberal de la Constitución americana, hay que aclarar que, como es obvio, no se trata de una pugna entre las fuerzas del mal y del bien. Rehnquist simplemente ha aspirado a imponer lo que él denomina «una consideración modesta de la Constitución» (*a modest view of the Constitution*). El tono de la sentencia «típica-Rehnquist» es el de «la Constitución no impone...», «la Constitución nada dice...», «la Constitución no impide...» para, a continuación, dar carta blanca a la regulación o actuación controvertida, generalmente, estatal o del Ejecutivo. ¿Impone la Constitución que el Tribunal Supremo sea el órgano de expresión de la minoría como el Congreso lo es de la mayoría? Según Rehnquist o Scalia: absolutamente no. El principio vertebral del sistema americano de gobierno es el de la separación de poderes, y esto debe leerse como una prohibición constitucional de que cualquiera de los departamentos de gobierno interfiera en el ejercicio de las funciones de los otros. El hecho de que respecto del Poder Judicial la Constitución no haya procedido a una «enumeración de poderes» tan detenida como en el caso del Legislativo o del Ejecutivo, lejos de abrir puertas a nuevas competencias fuerza a su titular al más consciente, riguroso y delicado ejercicio del *self-restraint*. Sin duda, esta es una forma de ver las cosas razonable y, desde la teoría, perfectamente fundamentada. Sin embargo, el llamado «activismo judicial» —un puro ejercicio de «intrusismo» desde esa perspectiva— se ha correspondido en las más de las ocasiones con la actitud «quie-

tista» del Congreso. El Tribunal se lanzó en épocas anteriores a arriesgadas interpretaciones que valieron con el tiempo por nuevos derechos, y lo que impulsó su acción fue la convicción de que «alguien debe hacer algo». Con Rehnquist vuelve la ortodoxia: el juez debe interpretar la ley, no crearla; esta responsabilidad es siempre del Congreso. Pero tratándose de la jurisprudencia consolidada —especialmente en materia de derechos civiles— del Tribunal, destilada por quienes lo ocuparon antes y profesaron distinta filosofía, ¿es posible justificar hoy la revisión de la doctrina, sentencia a sentencia, apelando a la recuperación de la «intención original» de la Constitución?

Sobre este grave asunto que enfrenta a escuelas de «originalistas» y «no originalistas» en el debate acerca de la interpretación «auténtica» de la dos veces centenaria Constitución, hay un delicioso pasaje en este libro que tiene como protagonista a Marshall. A sus ochenta y dos años, los estudiantes de la Howard University, que fue la suya, le prepararon un gran homenaje. El juez, un hombre negro que ahora respiraba dificultosamente y apenas podía ver y caminar, se había convertido en toda una leyenda para los estudiantes de esa universidad, y muy especialmente para los estudiantes de su raza. Al acto asistieron también otros cinco de los jueces, sus «Brethren», que, por sorpresa, se vieron forzados a improvisar algunas palabras en relación con el homenajeado. Se refirieron a él en términos tales, que podía surgir el equívoco con su ilustre homónimo (Marshall, pero John). Sólo White, quien más había convivido con él, puso las cosas en su sitio: lo que más le había impactado de Marshall eran sus historias; dejaban un regusto, una prolongada memoria de un pasado penoso de esa nación. Efectivamente, la gran América y su Constitución eran percibidas de otra forma por quien llegó a ser el primer juez negro del Tribunal Supremo. Durante la celebración del 200 aniversario de la Constitución se sugirió a los jueces del Tribunal Supremo que se reunieran en Filadelfia para conmemorar los sucesos de 1787. Marshall indicó que él sólo asistiría si la conmemoración era auténtica, y entonces, anunció, «me pondré las polainas y serviré el café». Un solo discurso de Marshall sirvió como jarro de agua fría sobre la idea de que los padres de la Constitución eran hombres divinamente inspirados que pusieron en marcha el más perfecto plan de gobierno: «*We the People* —dijo Marshall— ya no esclaviza, pero esta conquista no pertenece a los constituyentes... pertenece a quienes rehusaron someterse a anacrónicas nociones de 'libertad', 'justicia' e 'igualdad'.» Hizo falta la Guerra Civil, la XIV Enmienda y el Tribunal Supremo del siglo xx para que la Constitución sea hoy un documento admirable. Marshall, recientemente fallecido, lo había visto muy claro: «El auténtico milagro no fue el alumbramiento de la Constitución, sino su vida».—*M.ª Angeles Ahumada.*