

UNA CONFIANZA AUDAZ EN EL DERECHO. A PROPOSITO DEL LIBRO-HOMENAJE A E. GARCIA DE ENTERRIA

Por
BENIGNO PENDÁS GARCÍA

SUMARIO: Introducción. La idea del Derecho en GARCÍA DE ENTERRÍA: Notas preliminares.—I. El ordenamiento jurídico: Las tribulaciones del Gran Definidor.—II. Derechos y deberes fundamentales. El núcleo irreductible de la libertad.—III. Monarquía, Cortes Generales, Gobierno y Administración. El enigma del poder activo.—IV. Poder Judicial, Régimen Local, Estado de las Autonomías: Algunos asuntos pendientes.—V. Economía y Hacienda. El jurista ante los límites de lo posible.—A modo de epílogo.

INTRODUCCIÓN. LA IDEA DEL DERECHO EN GARCÍA DE ENTERRÍA: NOTAS PRELIMINARES

Con la intención inequívoca de rogar más tarde su benevolencia, el autor se permite ahora solicitar a los lectores que acepten a modo de hechos probados, e incluso como verdades axiomáticas, las proposiciones siguientes: primera, que los *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA* (desde ahora, *Estudios Enterría*), obra colectiva en el sentido estricto de la Ley de Propiedad Intelectual, constan de cinco volúmenes, incluyen, si no he contado mal, ¡109! colaboraciones doctrinales —además de presentación, evocación, *curriculum* y múltiples índices— y alcanzan un número próximo a las cuatro mil quinientas páginas (L+4.345), datos todos ellos que resultan, sin exagerar, apabullantes; segunda, en estrecha conexión con la anterior, que escribir sobre esta obra magna ofrecida al mejor de los juristas españoles contemporáneos admite tal riqueza de enfoques, matices y perspectivas que el resultado final ha de ser, por fuerza, decepcionante; tercera, y por ahora última, que el comentarista se halla en presencia de un dilema insoluble: no tiene sentido dar noticia de lo que todo el mundo conoce, al tiempo que resulta —literalmente— imposible entrar a discutir todos los problemas jurídicos que plantea la más afortunada Constitución de nuestra historia.

Sirvan estas excusas no pedidas para justificar la perplejidad de quien se enfrenta en solitario con una tarea tan sugestiva como com-

pleja. Comprendan al menos, quienes no gustan de tales disquisiciones, que —como escribe Paul VALÉRY— «el escritor se desquita como puede de las injusticias de la suerte»; suerte, en forma de amistoso (y honroso) compromiso, que le obliga a un esfuerzo intenso de síntesis y le exige «razonar con sobriedad», siguiendo el sabio consejo epicureo. Cuenta el autor con la ventaja de una firme, enérgica y apasionada profesión de fe en el significado clásico y genuino del Estado de Derecho. Pero es preciso evitar, ahora que estamos a tiempo, el riesgo de aclamar a estos *Estudios Enterría* agotando las metáforas laudatorias y las proclamaciones de afecto y fidelidad; conviene también olvidar que éste podría ser un terreno abonado para lucir, quien la posea, una erudición pretenciosa y exuberante, feliz oportunidad para exhibir muchos saberes esforzadamente adquiridos. Voy a intentar, en rigor, todo lo contrario: desentrañar el «contenido esencial» de cada una de las colaboraciones y juzgarlas en pleno uso de la libre expresión y difusión del pensamiento, con la esperanza, me temo que ilusoria, de que (esta vez) nadie termine muy enfadado. Si se me permite el tono festivo, al amparo de la autoridad literaria de STENDHAL, se trata también de combatir a ese enemigo implacable que primero petrifica y luego destruye las «pequeñas cortes»: el aburrimiento; mezclado, añadido yo, con la vanidad. En todo caso, y desde ahora mismo, *excusez du peu*.

Quede claro, no obstante, que una cosa es razonar con sobriedad y otra muy diferente tratar a un libro como éste con un enfoque frío y formalista: es seguro que la causa del Estado de Derecho no prevalecerá si no consigue despertar resonancias emocionales. Ahí reside, creo, el significado profundo de la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA: decía PERICLES, en su célebre «oración fúnebre» pronunciada el año primero de la guerra del Peloponeso (413 a.C.), que los atenienses eran éticamente mejores que sus enemigos por razón de su confianza audaz en la libertad; pues bien, en las páginas brillantes de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la Constitución como norma, la lucha contra las inmunidades del poder, la sujeción plena de la Administración a la ley y al Derecho o la prohibición de la arbitrariedad se percibe, ante todo y sobre todo, *una confianza audaz en el Derecho*. De este modo, muchas generaciones de juristas, armados del arsenal técnico forjado por la «generación» de la «RAP», han contribuido a satisfacer en parte la vieja deuda que los españoles tenemos contraída con el Estado de Derecho, demasiadas veces maltratado a lo largo de nuestra agitada historia política.

He escrito en otro lugar acerca del significado de la legislación administrativa de los cincuenta en el tránsito del Estado de Gobierno al Estado de Administración y sobre la decisiva influencia de dos

décadas de lucha por el Derecho (doctrinal y, no siempre, jurisprudencial), amparada a veces en aquella «argucia de la razón», a la hora de establecer en España un Estado Constitucional. Tarea que no se agota, claro está, en el «relámpago» constituyente, sino que se prolonga en una labor incesante que compromete desde el Tribunal Constitucional hasta el más humilde de los operadores jurídicos. Esta actividad es decisiva para la suerte de la libertad, y a ella trata el jurista de contribuir con la modestia y el sentido común que definen su quehacer (austero y servicial, gusta decir el maestro ENTERRÍA), pero rigurosamente imprescindible para ensanchar la libertad de cada día; aunque esta forma prosaica de razonar resulte tal vez decepcionante para los espíritus acorazados, amantes de la geometría y, con ella, del poder.

Desde esa confianza en la razón jurídica, la idea del Derecho, en la concepción enterriana, se configura como la forma organizativa que vertebra la convivencia social y como el único marco posible para garantizar la objetividad y la publicidad en el tratamiento de los asuntos públicos, frente a los portadores de la «razón socioeconómica», adoradores de la eficacia (mal entendida, quiero decir) y enemigos implacables de los que llaman ellos formalismos jurídicos, que se identifican a sí mismos con la idea de progreso, hasta que, huérfanos de talento, caen víctimas de las crisis cíclicas que no son capaces de explicar y mucho menos de prever. Frente a este ejemplo paradigmático del hombre masa orteguiano, que desemboca políticamente en el súbdito agradecido, la idea de la libertad auténtica bajo el imperio de la ley es objeto de una defensa profunda por el homenajeador en los lugares más recónditos, a la vez que más trascendentes para su efectividad real: desde las medidas cautelares en el proceso contencioso al control de la discrecionalidad administrativa, desde los discutidos derechos subjetivos reaccionales hasta la lucha por restablecer el sentido común vulnerado por la Ley 30/1992.

Una labor, en fin, forjada por medio de un *curriculum* de brillantez inigualable, cuyo último hito es, por ahora, la elección como miembro de la Real Academia de la Lengua, que enorgullece a todo un gremio profesional; designación que nada extraña a quienes han disfrutado del elegante castellano del profesor cántabro, plasmado en muchas páginas de Derecho y en algunas otras sobre BORGES y BURGESS, sobre DE GAULLE o sobre MADARIAGA, sobre Gredos y sobre Yuste, páginas éstas que evocan en el lector ese *little Nook of mountain ground* de aquel poema de W. WORDSWORTH.

Por todo ello, el mejor elogio que puede hacerse a los *Estudios Enterría* es, precisamente, que saben estar a la altura de los méritos del homenajeador. El éxito indiscutido de colegas y discípulos debe

centrarse, en justicia, en la persona del coordinador, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, responsable de la unidad, coherencia y plenitud de una obra que marca un punto de inflexión en la historia doctrinal de nuestro Derecho público.

Es éste un libro «de escuela» en el mejor de los sentidos del término, con pocas pero acertadas incursiones *in partibus infidelium*. Alternan en sus cinco tomos los maestros consagrados e indiscutidos, las primeras figuras actuales (con alguna excepción muy llamativa), la tercera generación que despunta en cátedras actuales o inminentes, e incluso, como prueba de generosidad, los jóvenes que emprenden su carrera académica y profesional. Con mayoría cualificada de administrativistas, no faltan extensiones hacia otros sectores del Derecho; pero tal vez, sin merma de la coherencia, el homenaje podría haberse ampliado extramuros del mundo jurídico, puesto que más de un historiador, literato o científico sabría aportar su perspectiva propia sin incurrir por ello en las incongruentes concesiones al *collage* que lastran con frecuencia el género de los *Festschriften*.

Porque, a diferencia de otros notables libros de la misma especie, que cada cual aprovecha (legítimamente) para aliviar de papeles su mesa de trabajo, los *Estudios Enterría* están estructurados con todo rigor y cada materia fue atribuida («impuesta», reconoce amablemente el coordinador) a un especialista en sentido estricto, como prueban los diálogos frecuentes que muchos autores sostienen consigo mismos; citemos por todos, a modo de mínimo recuerdo, a Javier SALAS. Es llamativo sin embargo que, en honor del maestro de los administrativistas, nadie o casi nadie hable de procedimiento administrativo o de contratos de las Administraciones Públicas. En cualquier caso, el conjunto constituye, desde luego, la obra más completa sobre la Constitución de 1978.

En fin, la Editorial Civitas, otro elemento fundamental en la historia intelectual del homenajeado, acredita una vez más la calidad de sus ediciones, publicando un libro que sobresale atractivamente en cualquier biblioteca.

A modo de preámbulo, el lector se encuentra con la sobria «Presentación», a cargo de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, que sitúa el homenaje en su justa perspectiva cuando recuerda a LOPE: «arar y proseguir», tarea que fecunda a toda una Escuela (con mayúsculas). Una labor que se ordena en etapas bien concebidas, desde su origen como «jurista del Príncipe» en el Consejo de Estado hasta el impulso, decisivo una vez más, para la incorporación al Derecho español del ordenamiento comunitario europeo. Sigue un hermoso «Retrato de Eduardo joven», que ofrece Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, y que permite desentrañar algunas claves de la obra enterriana («Eduardo

sazonaba la austeridad del Derecho Administrativo con especias de otros campos», «misteriosa permeabilidad para absorber saberes jurídicos prácticos»), al tiempo que narra con el mejor estilo algunas anécdotas que revelan la intensidad del carácter no menos que la excepcional inteligencia de su protagonista.

Situado así ante el tomo I de los *Estudios Enterría*, dedicado, con recto entendimiento, a «El ordenamiento jurídico», el comentarista promete de nuevo ejercitar sus (antes ofrecidas) capacidad de síntesis y libertad de juicio. El resultado habrá de juzgarlo el lector prudente: siempre que no olvide, escuchando a GOETHE, que «el arte y la ciencia pertenecen, como todo lo bueno, al mundo entero».

I. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LAS TRIBULACIONES DEL GRAN DEFINIDOR

No es exagerado, aunque sea retórico, afirmar que el positivismo legalista había secado el árbol del Derecho. Fueron necesarios muchos años y mucho talento (HAURIOU, KELSEN, ROMANO...) para devolverle la vida. Entre nosotros, la LJCA proclamaba que lo jurídico se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones y GARCÍA DE ENTERRÍA exponía desde su magisterio la concepción sustancialista del Derecho, donde los principios generales sirven de sólido fundamento a una Jurisprudencia principal, que remonta su genealogía a los mejores días del Derecho romano. Al fin, la Constitución de 1978 recibe con vigor estas ideas fecundas: artículos 9.1, 9.3, 103.1, 106.1 y otros muchos.

Pero el peligro acecha siempre: el Estado social peca de voracidad insaciable y el Estado autonómico prefiere (políticamente) la confusión antes que la armonía. Muchos epígonos deducen paraísos conceptuales de los principios claros y sencillos y vuelven a las peores abstracciones de la *Begriffsjurisprudenz*. El ordenamiento se hace inmanejable, la coherencia no existe, la plenitud es pura ficción. El estudio de las fuentes exige del jurista un esfuerzo desmesurado para asimilar la estructura formal de su «arte». Dicho sin rodeos: el régimen de fuentes en nuestro ordenamiento es contrario a los principios de seguridad y certeza del Derecho. Hace falta un esfuerzo poderoso para hacer inteligibles las reglas del juego: el soberano, escribe HOBBS, para evitar el caos, debe convertirse en un Gran Definidor, en el dispensador de un sistema de significados comunes, dentro del cual reinen el orden y la regularidad. De este modo, el tomo I de los *Estudios Enterría* capta de inmediato el interés del atriulado jurista.

Además, el homenaje promete, para empezar, emociones fuertes: F. RUBIO LLORENTE escribe sobre «El bloque de constitucionalidad» y rompe, cómo no, los moldes forjados desde la prudencia convencional acerca de este *nomen iuris* errático y difuso, «realidad abigarrada y heteróclita, difícilmente reductible a categoría». RUBIO descarta primero, con cierto desdén, la petición de auxilio al Derecho francés. Reduce luego a la insignificancia la doctrina común, que toma por base el artículo 28 de la LOTC. Allanado el terreno, aborda la tarea constructiva mediante un genuino «giro» de constitucionalista: se trata, al abrigo de Kelsen, de identificar el disputado bloque, más allá de formas tipográfico-normativas, con «el núcleo esencial de la Constitución del Estado español como Estado compuesto»; criterio, me parece, que tiene también algo de schmittiano, en curiosa convergencia entre los más ilustres antagonistas de la literatura iuspublicista.

Por esta vía, el entonces magistrado constitucional formula una noción compleja del poder constituyente como poder, podría decirse, «participado» por las nacionalidades y regiones, dotadas así de fuerza originaria para «delimitar» el ámbito material de la acción del Estado. Doctrina fértil en consecuencias (por ejemplo, sobre legislación básica y cláusula «sin perjuicio»), desde la que el autor proyecta la división horizontal de poderes como principio estructural de nuestro Estado Constitucional. El primer envite no defrauda, pues, al jurista expectante, puesto que —véase su reciente libro *La forma del poder*— RUBIO ofrece siempre una visión capaz de turbar el sosiego apacible de la opinión satisfecha.

La colaboración de Luciano PAREJO, «Constitución y valores del ordenamiento», constituye una esforzada incursión del autor por un territorio ajeno a su ámbito académico-profesional, lo que merece a mi juicio (me parece que no al suyo) más elogios que reproches. Del afanoso empeño de PAREJO resulta un resumen didáctico, quizá un poco pretencioso, de doctrinas muy extendidas en la Filosofía jurídica, en especial alemana. Si bien no conoce, y es una pena porque lo hubiera criticado muy a su gusto, un texto archifamoso de Carl SCHMITT —a quien prometo no volver a citar— titulado «La tiranía de los valores», del que hacen buen uso GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO en su importante libro sobre la *Drittwirkung*. Después de sesenta páginas a base de manual y diccionario, el profesor de la Carlos III procura desentrañar la enigmática presencia de los «valores superiores» en el artículo 1.1 de la Constitución: el resultado es aceptable para los amantes del cielo de los conceptos que destruyera IHERING (léase, por ejemplo, el epígrafe «Estado valorativo, valores de su ordenamiento y axiología constitucional»), ya que, si bien recoge, con buen sentido, los brillantes análisis de G. PECES-BARBA, deja su-

mido al lector en una intensa preocupación por la seguridad jurídica; algo así como aquella aclaración de HUMPTY-DUMPTY a una sorprendida ALICIA: «cuando empleo una palabra, significa lo que yo quiero que signifique». Más tarde volveremos sobre algunas opiniones de PAREJO, al comentar —*infra*, IV— el artículo de T. R. FERNÁNDEZ: no es casualidad, naturalmente.

Juan PEMÁN GAVÍN escribe sobre «Las Leyes Orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes». En su texto bien desarrollado, de marcado tono académico, con uso abundante de jurisprudencia constitucional, PEMÁN no comparte las críticas acerbas a este instrumento normativo (entre ellas, páginas más arriba, las del propio RUBIO); se apunta así a la tesis común sobre las Leyes Orgánicas como vía de prolongación del consenso constitucional y procura salvar los problemas hermenéuticos con soluciones sensatas; por ejemplo, sobre materias conexas y congelación de rango. Pero creo que no destaca como merece la sustitución de la *voluntas* del constituyente por la *ratio* doctrinal de GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto a la relación —no jerárquica, sino competencial— entre Leyes Orgánicas y ordinarias.

Agustín E. DE ASÍS ROIG asume, *con una certa timidez*, la enorme tarea de analizar «La Ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1978». DE ASÍS constata la crisis del concepto tradicional de ley y expone sus factores con orden y claridad, aunque se echa en falta el estudio de algún contemporáneo ya clásico, como HAYEK o POPPER; me permito al respecto recomendar un libro de próxima publicación, surgido también del entorno universitario: *La política de la libertad*, de Paloma DE LA NUEZ. Aprecia DE ASÍS con rigor el abuso de tipos normativos en nuestro Derecho, que describe como «plurimodalidad legislativa» y califica de «sofisticado», en una acepción discutible de un término de moda. Llega, en fin, al desenlace con el examen de los «modelos de reconstrucción de una idea unitaria de ley»; coincido con el autor al descartar los modelos «materiales», expresivos de un constructivismo doctrinal al margen, si no en contra, del Derecho positivo; resultan por tanto preferibles los criterios «formales», conectados tal vez con la idea, si es que llega a fecundar, de la función constitucional de cada tipo de ley.

Siguen las aportaciones de los internacionalistas. Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ se ocupa de «El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», a partir de una concepción de ese debatido precepto como «pivote» en las relaciones entre los ordenamientos comunitario, estatal y autonómicos y con tratamiento heterodoxo de los que llama, con curiosa paradoja, «clamorosos silencios» del artículo referido: el poder judicial y las Comunidades Autónomas. El comentario de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ sobre la «jacobina»

STC 252/1988 mueve a una reflexión muy seria; es urgente dar cauce, de una vez por todas, a la presencia de los entes autonómicos en las fases ascendente y descendente del ordenamiento comunitario europeo; de lo contrario, corremos el grave riesgo de llevar el debate hacia fórmulas cada vez más radicales, que hoy día se proponen seriamente cuando no hace mucho hubieran sido recibidas casi con hilaridad. El tiempo juega en contra del sentido común.

El escrito, más breve, de Juan A. CARRILLO SALCEDO («Funciones del Derecho Internacional contemporáneo; garantía de independencia de los Estados e instrumento para la cooperación entre los Estados») tiene una primera y singular peculiaridad en un libro como el presente: no hace ni una sola referencia a la Constitución española. Se trata, en suma, de una madura reflexión del catedrático de Sevilla sobre la dualidad entre «coexistencia» y «cooperación», con especial referencia a las organizaciones internacionales y a las relaciones entre norte y sur en la superación de una concepción westfaliana del ordenamiento interestatal. El estudioso de las fuentes del Derecho sacará provecho de la naturaleza de las resoluciones de Naciones Unidas como norma intermedia entre costumbre y tratado. Pero el jurista consciente del espíritu de la época se fijará, sobre todo, en esta frase concluyente de J. A. CARRILLO: «el barco de la soberanía parece estar hundiéndose». Me permito recordar aquí a un músico revolucionario: los movimientos modernos, escribió Arnold SCHOENBERG, terminan en una «danza de la muerte de los principios».

Javier SALAS vuelve sobre uno de sus temas favoritos, ahora bajo la rúbrica «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», con una inteligente modulación de sus tesis originarias. Y lo hace, como fue su norma, sin dejarse arrastrar por la práctica viciada, exigiendo —por usar términos hegelianos— que lo real se haga racional. El análisis de SALAS no olvida ninguna cuestión nuclear: ámbito, materias excluidas, Decreto-Ley autonómico, «convalidación»... Alcanza, a mi juicio, especial brillantez al insistir en que la «extraordinaria y urgente necesidad» es un genuino concepto jurídico indeterminado, en el sentido clásico de GARCÍA DE ENTERRÍA, con las consecuencias a efectos de control que se derivan de tal naturaleza. Porque, en definitiva, SALAS expresa de forma ejemplar la irritación de quienes, fieles a la lógica del Estado de Derecho, no podían sospechar la voracidad de los Gobiernos democráticos en materia tan sensible para el ejercicio legítimo del poder.

«La delegación legislativa en la Constitución», de Tomás QUADRASALCEDO, es un trabajo de amplio recorrido, que empieza por buscar sus raíces en las concepciones ideológicas y políticas acerca de la ley y de la división de poderes, sobre todo en la doctrina clásica francesa

y española. Lo mejor son las notas, repletas de fuentes originales, que captan el ánimo del lector predispuesto a gozar de nostalgias clasicistas: es un placer oír a OLOZAGA, DE BURGOS y COLMEIRO, a SANTAMARÍA DE PAREDES y a POSADA. Sin embargo, el despliegue erudito gira con cierta brusquedad desde la tradición más rancia hasta la sociedad postindustrial, digamos que desde CARRÉ DE MALBERG a J. HABERMAS, adoptando con el epígono de Frankfurt la concepción del Parlamento como núcleo de la decisión democrática. Lo cual es inobjetable en el plano de los principios, pero elude la realidad que los desmiente: los Parlamentos actuales se hallan muy a gusto en el papel de quien ensaya un suicidio lento y suave, saboreado con fruición, con el refinamiento voluptuoso de los sabios estoicos.

QUADRA-SALCEDO reconoce, con toda justicia, la deuda contraída por la Constitución (artículos 82 y siguientes) con el homenajado: la argucia de la razón permitió el control de una norma de rango legal por los tribunales ordinarios, mediante el artificio de su degradación como sanción al *ultra vires*. Sigue un análisis preciso del régimen constitucional de los Decretos-Legislativos, si bien, al llegar al control, parece más preocupado por los hipotéticos excesos de los jueces y se apunta —moderadamente— a la división entre función política y administrativa; recibe, con ello, un pasaporte para el país de la moda, pero no escoge, entiendo, la opción mejor para el Estado de Derecho en estos agitados tiempos.

«Sobre la fiscalización jurisdiccional de los Decretos Legislativos» escribe Ernesto GARCÍA-TREVIJANO un artículo breve pero muy sólido, que elude las disquisiciones teóricas (con un rotundo: «en modo alguno se duda hoy sobre la necesidad de dotar al Ejecutivo del poder para dictar normas con fuerza de ley»), pero explica muy bien cuál es la exigencia del jurista activo (no menos rotundo: «...fijación de unos límites estrictos para su utilización»). Recuerda el letrado del Consejo de Estado la función, no siempre subrayada como merece, que incumbe al Alto Organismo Consultivo y se centra luego en el objeto estricto de su trabajo, ofreciendo respuestas solventes y bien fundamentadas: por ejemplo, sobre la competencia de los órganos de cualquier orden jurisdiccional para desvelar la «ficción de ley» (GARCÍA-TREVIJANO FOS) en que consiste el Decreto-Legislativo cuando opera *ultra vires* de la delegación. A partir de la disociación entre la forma de exteriorización y la fuerza jerárquica de la norma, disecciona con prudencia la distinción entre control de constitucionalidad y de legalidad ordinaria, así como los efectos (que tiende a limitar por el juego del principio de «resistencia» o conservación) de la expresivamente llamada «degradación normativa» del Decreto-Legislativo incurso en extralimitación.

José María BAÑO LEÓN trata acerca de «Los ámbitos del Reglamento independiente», dando por (bien) asimilados los fundamentos dogmáticos y las bases histórico-políticas del instituto. Procura BAÑO delimitar los ámbitos anunciados mediante el contraste, nunca mejor dicho, entre posiciones doctrinales y criterios jurisprudenciales. Llama la atención, para los amantes de la eficacia como concepto *passepourtout*, la panoplia de sentencias postconstitucionales que reconocen un poder reglamentario general a la Administración, e incluso a los ministros, fundadas más o menos en la naturaleza de las cosas (o en la *salus populi*, dice agudamente BAÑO, que cita de forma pertinente a STEIN y a GNEIST como «fuentes» doctrinales). Tranquiliza, no obstante, el «progresivo abandono de la vieja tesis», aunque tal vez el catedrático de Valencia se muestra demasiado optimista a este respecto.

Al explorar el *limes* del Estado de Derecho en este punto concreto, el autor se sitúa más allá de la doctrina sobre los Reglamentos *ad intra* como ámbito «natural» del Reglamento independiente, subrayando, entre otras cosas, que también en lo doméstico la Constitución reserva al legislador la decisión primera, que las relaciones especiales de sujeción no son admisibles en la esfera organizativa de la Administración o que incluso en materia de reglamentaciones técnicas hay que respetar la reserva de ley, mediante el recurso a cláusulas generales, otra vez con cita de discutibles argumentos en contra del Supremo.

En todo caso, vuelvo, concluido el excelente artículo de BAÑO, sobre una reflexión ya apuntada: merece el máximo elogio todo esfuerzo refinado por reducir las potestades administrativas a sus debidos límites. Pero la reserva de ley (o la ley sin previa reserva) no solventa los peligros, vista la realidad presente del procedimiento legislativo. La reserva de ley como garantía de procedimiento (BÖCKENFÖRDE; entre nosotros, tempranamente, DE OTTO) no es, por ahora, más que un expediente técnico para tranquilidad de quienes nos dejamos seducir por escrúpulos jurídicos.

Francisco LÓPEZ MENUDO, en «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», retorna también a una de sus materias preferidas, cuya dificultad técnica y alto «voltaje» político, e incluso ideológico, se encarga de resaltar el profesor de Sevilla con pluma ágil e incisiva. Surge de ahí una crítica —en apariencia— incontestable a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es calificada (simplifico, como es natural, pero los adjetivos surgen limpiamente del texto) de evasiva, oportunista, tópica, cautelosa, casuística y aun contradictoria. LÓPEZ MENUDO entra de lleno en el estudio de las sentencias dictadas en orden a la eficacia tempo-

ral de los derechos fundamentales, cuyo «mayor valor», generosamente proclamado, no obsta para que sea vista con exquisita prudencia en cuanto afecta a derechos de terceros; prosigue examinando la jurisprudencia acerca del alcance de los artículos 9.3 y 25.1, en cuanto a sus *límites formales y materiales*; y concluye con una indagación no menos documentada sobre el concepto constitucional de retroactividad, que el Tribunal ha perseguido por vías formales, abandonando la tesis seductora de los *iura quaesita*; a cuya debilidad de fondo, por debajo de su rocosa fachada, dedica LÓPEZ MENUDO algunos lúcidos párrafos.

Pero el análisis de las más famosas sentencias sobre el asunto (sobre jubilaciones, en especial; no alcanza a conocer otras posteriores, aún más polémicas) desemboca en un juicio sorprendentemente favorable: «...no había mejor camino que el efectivamente seguido». Suposición ésta que si resulta intuitivamente plausible, deja en el ánimo una sensación de perplejidad: acaso porque no haya más remedio que elevar la hipótesis menos irracional al rango de razón suprema. Me parece, a pesar de todo, que hacen falta muchos esfuerzos doctrinales de calidad para orientar a una jurisprudencia que no es, ni mucho menos, brillante. Aunque, tal vez, todo obedece a que existe quien no se resigna a que el Derecho deje de ser (¿para siempre?) aquel riguroso dispensador de certezas.

Un nuevo *remake*: esta vez a cargo de Raúl BOCANEGRA, «Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional». En puridad, el catedrático de Oviedo viene a elevar a definitivas sus conclusiones de hace una década y persiste en el empeño, no siempre bien entendido, de construir un concepto *ad hoc* de cosa juzgada en el proceso constitucional, sobre el modelo (en penumbra) del contencioso-administrativo. El objetivo de vincular al Alto Tribunal a las decisiones del legislador sobre sus propios cauces de actuación procesal resulta, sin duda, acertado. Hay más situaciones de tensión potencial: algún día habrá que contar el curioso cruce de oficios entre Cámaras y Tribunal, cuando aquéllas comunican con lenguaje aséptico su decisión sobre los magistrados que habrán de proponer al Rey y el Tribunal contesta, con la misma ingenuidad, que las personas de que se trata cumplen los requisitos exigidos: ¿y si algún día responde lo contrario?

Lo mejor de la construcción pétrea de BOCANEGRA, sin concesiones a la galería, es su orientación hacia la función pacificadora que cumple el Constitucional, a cuyo efecto bastará comprobar, allí donde se halle, la «norma concreta de la sentencia». Para cerrar la salida al adversario: la extensión innecesaria de la fuerza vinculante de la sentencia cuestiona la capacidad de cambio y adaptación de la Cons-

titución. Luego aplica sus criterios a los diversos tipos de procesos constitucionales y los confronta con la propia jurisprudencia, en especial con la STC 45/1989, sobre la Ley del IRPF. Aliviado en teoría por la ruptura de la ecuación inconstitucionalidad-nulidad, BOCANEGRA prefiere no obstante conservarla en la práctica, sin perjuicio de una renuncia específica a sus consecuencias; las razones son varias aunque, entre ellas, el concepto siempre servicial de seguridad jurídica ocupa un lugar preponderante.

El estudio de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», mantiene muy dignamente el nivel de calidad que la *communis opinio* atribuye a los trabajos del autor. Aunque es cierto, por razón tal vez de perspectiva, que sólo refleja la (innegable) buena salud de que goza nuestro Estado de las autonomías en el plano técnico-jurídico; porque el diagnóstico optimista no puede extenderse, me temo, a su solidez histórico-política, sujeta hoy día a replanteamientos cercanos a la mutación (mejor que a la ruptura) constitucional.

Es muy cierto que el principio de prevalencia del 149.3 «ha quedado sumido en el olvido», y yo añadiría que también en el descrédito, lo mismo que acaece con otro precepto «fuerte», pese a la interpretación «suave» debida a GARCÍA DE ENTERRÍA, el artículo 155, no menos inédito y también implantado desde resabios federalistas. El matizado análisis de FERNÁNDEZ FARRERES explica muy bien los motivos: el 149.3 es, en verdad, una regla de colisión o conflicto, extraña al orden de distribución competencial y operativa únicamente si y cuando Estado y Comunidades Autónomas actúen en concurrencia perfecta de normas en el espacio y en el objeto. Lo cual resulta, como mínimo, excepcional en un sistema que desconoce, en rigor, las competencias concurrentes y que sólo puede producirse, según su opinión, en materia de «cultura»; lo cual, creo yo, dado el historicismo a veces un tanto místico y organicista en que se mueven algunas Comunidades, puede ser, a la larga, más trascendente de lo que parece. Por lo demás, FERNÁNDEZ FARRERES despliega su razonamiento con tanta seguridad —acompañada de muy estimables notas sobre distintas cuestiones conexas— que desvirtúa lo mismo las esperanzas fervorosas de los entusiastas del *Bundesrecht* que los recelos infundados de muchos intérpretes interesados de los Estatutos autonómicos.

El último artículo que incluye el tomo I de los *Estudios Enterría*, «La cláusula de prevalencia y el poder judicial», a cargo de Jesús GARCÍA TORRES, se mueve *ratione materiae* en el mismo orden conceptual que el anterior, sin discrepancias sustanciales de planteamiento, pero desde la certeza indubitada de que la aplicación de la

cláusula es tan segura como su existencia formal; esto es, me permito otra vez términos hegelianos, que todo lo racional es real. Trabajo denso, pese a su engañosa brevedad, cuenta entre sus méritos con la limpieza expositiva: la tal cláusula, asegura, lleva implícita la potestad judicial de inaplicar «leyes» autonómicas en concurso con las estatales. Despejado el terreno de falsos obstáculos formalistas, el abogado del Estado añade a la habilitación *ad hoc* en favor de jueces y tribunales la tesis siguiente: «no hay razón para negar *a priori* a las normas del bloque de la constitucionalidad (...) la condición de norma estatal en la operación judicial de la cláusula de prevalencia».

La idea, si es que el caso puede producirse, merece, creo, un desarrollo más detallado, pues no debe aceptarse sólo por el crédito de su autor. Tanto más si, como él mismo apunta, las consecuencias —una suerte de control difuso de la constitucionalidad de ciertas leyes autonómicas— rompen muchos tópicos arraigados y abren un frente helvético en la interpretación comparada de nuestro sistema constitucional.

Quiere la casualidad, siempre proclive a la anécdota, que GARCÍA TORRES dedique el último párrafo a la tesis de RUBIO sobre el bloque de constitucionalidad que abre el mismo volumen del homenaje. El cual, publicado en 1991, ve cerrados los plazos de entrega en torno a 1989, lo que sitúa al comentarista con cinco años de perspectiva para valorar la evolución de las teorías allí expuestas. No faltará quien me reproche una cierta indiferencia hacia ese destino que hoy se contempla como pasado; le ruego, por ello, que vuelva a leer mis «proposiciones» iniciales y no pretenda pedir más de lo razonable a quien se siente atrapado por una labor ingente.

Anécdotas al margen, el tomo que aquí se cierra alivia, pero no cura, las tribulaciones de nuestro Gran Definidor, todavía perdido en un laberinto indescifrable, del cual, por supuesto, los autores no son ni mucho menos responsables.

II. DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES. EL NÚCLEO IRREDUCTIBLE DE LA LIBERTAD

Estamos tan acostumbrados al poder, que confiamos incluso en que nos otorgue la libertad. Esperamos tanto del Estado, que le pedimos también que nos conceda el Derecho. Haríamos muy bien en plantear los problemas a la inversa: la libertad se arrebatada día tras día al poder; el Estado sólo es legítimo si respeta con reverencia la fuerza abstracta del Derecho.

Pero no es ésta la ocasión para reflexiones generales. Es preciso hablar —pronto y mucho— de los derechos fundamentales (nada, o casi nada, de los deberes) y el comentarista, si quiere decir algo, tiene que expresarse de forma breve y rotunda. Así: el régimen de los derechos fundamentales en el Derecho español resiste muy dignamente la comparación con otros ordenamientos democráticos; las garantías jurídicas de los derechos gozan de una aceptable regulación legal y son objeto de minuciosa vigilancia jurisdiccional; por último: el panorama no es idílico y hay muchas cosas —concretas— que criticar; ya irán apareciendo, dentro de lo posible, al hilo del análisis posterior.

Por cierto que el tomo II del libro-homenaje es el más grueso de los cinco. Véase en ello una imagen expresiva del quehacer contemporáneo de nuestros administrativistas.

En primer lugar, escribe Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (después de un «Proemio» sobre GARCÍA DE ENTERRÍA, a modo de segundo prólogo) acerca de la «Eficacia y garantía de los derechos fundamentales». Un ensayo sugestivo, como todos los suyos, en el que se aprecian perspectivas insospechadas sobre los asuntos de apariencia más simple. Así, cuando expone la «preocupación» por la eficacia de los derechos a lo largo de todo el ordenamiento, cobran sentido garantista una serie de piezas normativas dispersas; lo mismo que cuando reclama el protagonismo ciudadano y razona sobre cómo «educar para las libertades». El estudio se concentra en un análisis valorativo de los mecanismos de protección, en especial los de naturaleza jurisdiccional, que se presentan como una corrección de lo patológico. En concreto, la Ley de Protección Jurisdiccional de 1978, no obstante su desfase técnico, merece un juicio francamente positivo, al tiempo que proclama el protagonismo decisivo de los jueces y tribunales como garantes de los derechos. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional («experiencia... apasionante para los juristas españoles») ha sido y es —yo creo que cada día menos— «espejo de una vasta realidad social» y ofrece una larga serie de debates teóricos, que el autor disecciona con habilidad; como síntesis, deja en el aire la «desmesura» en el uso de un instrumento concebido como subsidiario y aun excepcional y una opinión—más que sensata: hay que proteger al Tribunal de una «ganga» que no debería llegarle. En fin, en cuanto al sistema del Convenio europeo, lo mejor es, por ahora, su función como «acicate» y como «factor de integración»; los resultados concretos, en rigor, son todavía limitados. Estas atinadas consideraciones de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO merecen ser retenidas como guía para la recta comprensión de los artículos más específicos que siguen.

La colaboración de Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», esconde —bajo apariencia de brevedad y modestia— una atractiva reflexión sobre el tema de nuestro tiempo en la ciencia jurídica. Se ha producido ya, se está produciendo cada día, una llamativa mutación en la estructura misma del ordenamiento: desde el Derecho de las fuentes escritas al Derecho de los principios inherentes; desde el legislador taumaturgo al jurista entusiasmado por la arquitectura conceptual; desde el «intérprete» mecánico al «operador» creativo que, al amparo de su técnica superior, elabora un universo de *arcana imperii*, rigurosamente ininteligible para el profano. Todo esto lo aprecia JIMÉNEZ-BLANCO con su habitual lucidez, aunque elude con prudencia expresar juicios valorativos.

El catedrático de Granada plantea el tópico mediante una ingeniosa inversión del orden convencional: en vez de empezar por los alemanes, empieza por PAREJO, de manera que el modelo alemán se estudia después y como contrapunto del español. Describe con visión sintética cómo prendió entre nosotros el «injerto» de raíz germánica, al tiempo que desvela el sentido de la jurisprudencia constitucional al utilizar la fórmula como vía para «rebajar la eficacia práctica» de algunos preceptos. Pero, con ser ello importante, lo esencial es, insisto, que la doctrina refleja fielmente aquellas novedades decisivas. JIMÉNEZ-BLANCO resume con brillantez su criterio: «la garantía institucional (...) supone un desapoderamiento del legislador en favor —dicho ya claramente— del Tribunal Constitucional en cuanto la fuente primaria del Derecho, y también y vinculado a ello, conlleva una transformación de la estructura del ordenamiento, que pasa de ser un Derecho de normas a un Derecho de conceptos y principios».

El trabajo de Iñaki LASAGABASTER, titulado «Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público», es un paradigma de rasgos definitorios de nuestra literatura iuspublicista: amplio uso de la dogmática alemana; examen crítico de la jurisprudencia constitucional, votos particulares incluidos; posición avanzada frente a la inercia de la teoría tradicional; por último, pero *not least*, rigor y seriedad en el enfoque jurídico del problema. Asunto, en este caso, de máxima complejidad, que pone en cuestión algunas verdades de fe, herencia de muchos siglos de debate: nada menos que la concepción iusnaturalista de los derechos fundamentales y su versión liberal como ámbitos infranqueables para la acción del Estado. LASAGABASTER es consciente de las muchas aristas que ofrece la cuestión y se mueve en un análisis de doctrina y jurisprudencia lleno de matices y distinciones. Trata, en esa línea, acerca de los derechos fundamenta-

les de las personas jurídicas y de la legitimación para recurrir en amparo; de algunos razonamientos «crípticos» del Tribunal Constitucional y del voto particular a la STC 64/1988; y concluye resaltando el cambio sustancial que lleva consigo la teoría de los derechos como «elementos de un orden objetivo» a la hora de expresar su propia opinión al respecto: las personas jurídico-públicas son titulares de aquellos derechos fundamentales cuya «naturaleza» permita dicha titularidad. Planteamiento personal que sirve también como modelo: la doctrina actual prefiere la textura abierta del *case law* y rechaza los dogmas apriorísticos e infalibles; aunque para ello tenga que aceptar el peligroso recurso a «naturalezas» y «esencias», tan desprestigiado por causa de muchos errores históricos.

Las «Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas», de Iñaki AGIRREAZKUENAGA, se formulan desde una perspectiva explícita: la «acusada influencia ideológica» del debate lingüístico; derivada, creo yo, del emotivo enfoque historicista que preside los estudios sobre esta polémica materia. El autor aprecia con buen criterio la necesidad de racionalizar jurídicamente el debate y parece conseguirlo en un trabajo documentado, que persigue el equilibrio constitucional entre el castellano y las otras lenguas cooficiales. A este efecto, cobra singular relevancia el principio de no discriminación por razón de la lengua, que bien puede estimarse, en efecto, incluido entre las «otras» circunstancias personales o sociales del artículo 14 de la Constitución.

Ignacio BORRAJO INIESTA dedica un artículo denso y sólido a «El *status* constitucional de los extranjeros», «balcón privilegiado para observar las profundas transformaciones introducidas en nuestro Derecho público por la Constitución» y fiel reflejo del tránsito contemporáneo desde los derechos cívicos a los derechos humanos. El comentarista debe, en justicia, agradecer al autor que sea él mismo quien sintetice su estudio: se parte de una presentación sumaria de los preceptos constitucionales; se anotan las principales leyes y sentencias que los han desarrollado y aplicado; se analizan con cierto detalle los principales derechos fundamentales que han protegido a extranjeros en los primeros once años de vida constitucional; y se acaba con unas «conclusiones provisionales» sobre la posición general de los extranjeros en el esquema constitucional, que BORRAJO juzga de forma matizadamente positiva. Así dicho, parece menos de lo que es: un análisis interesantísimo de legislación y, sobre todo, de jurisprudencia, utilizada ésta, como debe ser, desde la perspectiva concreta del caso que se resuelve y no para la búsqueda de frases lapidarias. Una prueba de amplia formación jurídica, al tiempo que de talante ponderado en el elogio y en la crítica.

Por su parte, Ricardo GARCÍA MACHO enfoca su tarea con sobriedad y precisión académicas. De este modo, «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española» está concebido y ejecutado como un buen capítulo de un buen manual. Empezando por el asilo: historia del instituto, régimen jurídico-internacional y constitucional, análisis detenido de la Ley vigente y muy especialmente de la posición jurídica del asilado; lo mismo, con más brevedad, respecto del refugiado. Sigue una referencia a la incidencia del Derecho comunitario europeo, aunque no profundiza en una cuestión decisiva: la influencia del Derecho —digamos— «paracomunitario», constituido sobre todo por el Convenio Schengen, del que derivan las recientes novedades legislativas —modificación de la Ley 5/1984— orientadas a la supresión de la doble figura de asilo y refugio, que el legislador estima ahora «fuente de confusión y abusos».

Antes de empezar con los derechos en concreto, Ricardo ALONSO GARCÍA se ocupa de las relaciones entre «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas». Un texto fundado en el examen exhaustivo de la doctrina y la jurisprudencia sobre una materia cada día más trascendente: en definitiva, el *déficit* democrático de la Unión Europea sólo puede ser compensado mediante la legitimidad que otorga el reconocimiento y respeto de las libertades. Ricardo ALONSO conoce a fondo el tema y sintetiza claramente las posiciones al respecto. Pero, sobre todo, manifiesta un espíritu (razonadamente) combativo: propone, así, un «continuado diálogo jurídico» entre Derecho comunitario y Derechos nacionales, cuyo principal beneficiario habría de ser el ciudadano europeo; un diálogo, como tal, de doble dirección: el Tribunal comunitario debe ser «impulsor de un *standard* máximo de protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», a partir de un *standard* mínimo, constituido por el Convenio de Roma; pero los Estados miembros no deben ser meros sujetos pasivos, sino que desempeñan un papel fundamental las partes en los procedimientos desarrollados en Luxemburgo y los jueces nacionales por vía de la cuestión prejudicial. Con este enfoque, quizá optimista, los problemas técnicos que plantea con acierto el autor pueden encontrar un cauce adecuado de solución.

Llegamos así al artículo 14 de la Constitución. José SUAY RINCÓN estudia «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en un período concreto (1985-89) al que califica, conforme al estilo norteamericano, de «primer Tribunal TOMÁS Y VALIENTE». SUAY presenta un panorama muy completo, bien sistematizado a partir de la ya consagrada distinción entre igualdad «en» la ley e igualdad «en la aplicación» de la ley. Al hilo de las diversas sentencias van surgiendo todas las cuestiones importantes (*test* de razo-

nabilidad, *test* de proporcionalidad, «carga de la argumentación», cambio de criterio de órganos judiciales y otras muchas), que el autor comenta con sutileza, al tiempo que resalta las diferencias, más bien de matiz, con la jurisprudencia emanada del «Tribunal GARCÍA-PELAYO». Un valioso trabajo, en definitiva, que revela la brillante, a mi juicio, actividad del Alto Tribunal en esta parcela especialmente delicada del amparo constitucional.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO escribe sobre un debate apasionante: «Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos». Es una lástima que el ilustre penalista limite su colaboración a exponer algunos conceptos generales sobre los derechos en concurrencia y sobre la exigencia de una «ponderación casuística» entre ellos, que reclama la jurisprudencia constitucional, añadiendo un resumen muy preciso de diversas sentencias acerca de la «veracidad» de la información, su «interés público-social» o la debatida cuestión de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias.

Estamos en presencia, en efecto, del conflicto nuclear en la teoría y la práctica contemporáneas de los derechos fundamentales. No exagero si digo que la libertad individual se juega aquí, literalmente, su futuro, ante la presión objetiva de las exigencias de una sociedad democrática, sustentada por ello en la opinión pública. Conviene recordar esta reflexión certera con la que termina el más clásico estudio sobre *The right to privacy*, publicado en 1890 por los jueces norteamericanos Samuel WARREN y Louis BRANDEIS, que cito por la versión de Pilar BASELGA, con quien preparo actualmente la edición española: «El *common law* ha reconocido siempre que la casa de cada cual es su castillo, inexpugnable, a veces, incluso para los propios funcionarios encargados de ejecutar sus órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?»

También sobre un tema polémico, «La limitación informática», escribe José Manuel CASTELLS ARTECHE. Empieza por hablar del fenómeno informático y el Derecho, terreno abonado para profundas teorías tecnológicas y filosóficas. Sigue por el examen del artículo 18.4 de la norma fundamental, y aborda luego cuestiones tan atractivas como la informatización administrativa, el control legal de la informática y una serie de puntos específicos referidos al Parlamento, al poder judicial, a los contratos administrativos, etc. Las novedades legislativas de los últimos años —incluyendo la LAP—, bien conocidas y muy criticadas, hacen que pierda actualidad el buen artículo de CASTELLS. Pero alguno de los principios que propugna merecen

ser tenidos en cuenta; por ejemplo, éste: «...la vigencia de la plena imputación a la Administración de su actividad ordinaria, responsabilizándola desde el inicio del procedimiento hasta el final de la decisión. Si el ordenador no puede responder, es evidente que la Administración sí».

Un trabajo sólido y convincente, como todos los suyos, constituye la colaboración de Carmen CHINCHILLA MARÍN: «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión». Como bien advierte, con cita de las posturas contrapuestas al respecto, se trata de una pregunta que pone en juego la concepción general de los derechos fundamentales y aun del propio Estado. Por eso mismo, dedica un largo epígrafe a la evolución histórica de los derechos referidos, seguido por otro estudio preciso del concepto de servicio público y su funcionalidad en el Estado social como técnica de realización de aquéllos: lleno de citas, cómo no, de L. DUGUIT y su «solidaridad social» y de E. FORSTHOFF y su «procura existencial». La autora muestra indudable simpatía por estos planteamientos y rechaza la idea del servicio público como «enemigo» de los derechos y libertades, advirtiendo que puede ser más bien «garantía del disfrute de los mismos en términos reales y de igualdad». Pero, ajena a los simplismos ideológicos (precisamente porque es una buena jurista), CHINCHILLA opta por el «necesario equilibrio» entre servicio público y libertades individuales y lo aplica con sentido común al régimen jurídico de las televisiones privadas.

Un tema estrella, «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales», para alguien muy capaz de salir bien parado del reto, Enrique ALONSO GARCÍA. Es bien sabido que el artículo 24 genera un número «exagerado» de sentencias, por razones de variado tipo, incluidas las psicológicas («...complacencia del jurista por hallarse en el campo que le es propio por excelencia...») y las procesables («...se extiende a la actuación de los jueces y tribunales en todos los órdenes jurisdiccionales...»). Enrique ALONSO realiza un estudio espléndido, que confirma su calidad reconocida. Examina primero la «parte general» del artículo 24 en cuanto a sus sujetos activos y pasivos; entra luego en el contenido del mismo, con asuntos tan relevantes como la «judicialización de todos los sectores del ordenamiento», el «imperialismo» del artículo 24 como orden público constitucional y el análisis del derecho de acceso (legitimación, acceso a un proceso concreto, etc.) como «uno de los muchos» derechos consagrados por la cláusula general del precepto referido. Un estudio, insisto, de alta calidad doctrinal, que deja pendiente —supongo— una prolongación

por el resto del «sorprendente» artículo. Dicho con expresión *ad hoc* de serie televisiva norteamericana: *to be continued*, esperamos.

Quizá por haber trabajado sobre las sanciones administrativas, Blanca LOZANO se encarga de una materia relacionada con el *ius puniendi* (en puridad, con la renuncia al mismo), aunque inserta tradicionalmente en el Derecho penal. Por ello, en «El indulto y la amnistía ante la Constitución» predominan las citas de penalistas históricos y contemporáneos. LOZANO muestra, en cualquier caso, un buen dominio del asunto al abordar las distintas manifestaciones de la «clemencia» estatal, la (universalizada) potestad de gracia en Derecho comparado y, sobre todo, los problemas que plantea en su ámbito nuestro texto constitucional: la amnistía supone, en sí misma, un reajuste del ordenamiento que exige una ley formal para su otorgamiento; el indulto, expresión prototípica de la prerrogativa de gracia, ha de tener carácter excepcional y singular y debe extremarse, en lo posible, el control judicial de su ejercicio. Sólo con estos límites estrictos resulta admisible la institución en el Estado Constitucional, porque —como recuerda la autora nada más empezar su notable trabajo— se trata de una herencia del Antiguo Régimen, que supone, como algunas otras, una quiebra del principio de división de poderes.

Cuando el lector afronta un artículo titulado «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», que lleva la firma de Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, no espera encontrar un análisis convencional ni rutinario. Muy al contrario: el texto es variado, cambiante, plagado de disgresiones, de perspectivas micro y macrosistemáticas, de Gulags y de Panópticos, con algún gráfico incluso, lleno de intuiciones atractivas y propuestas ingeniosas. Es probable que muchos discrepen de la idea —muy próxima al pensamiento de FOUCAULT— del poder «domesticador» o «normalizador», que se propone formar individuos dóciles, cortados por el mismo patrón; otros verán con ojos críticos la desmitificación del juez de vigilancia penitenciaria, situado entre la «perversión semántica» y la «crisis de identidad», dotado de jurisdicción, pero no de «judicación»; algunos incluso estimarán que la configuración exhaustiva de una relación jurídica entre poder público y recluso resulta a veces artificiosa. Pero todos, honestamente, tendrán que admitir que han aprendido muchas cosas y han disfrutado de un rato apasionante leyendo el largo ensayo del profesor (y entonces magistrado) GONZÁLEZ NAVARRO.

En cambio, Jesús LEGUINA VILLA se limita a firmar un resumen breve y de tono estrictamente descriptivo acerca de «La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» (en rigor, sólo en la STC 26/1987). El lector más diligente tropieza incluso

con una opinión doctrinal: a juicio de LEGUINA, es conveniente relativizar la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional, porque uno y otra comparten «...la misma función y persiguen idéntica finalidad, consistente en preservar un ámbito de potestades o facultades propias de las Universidades frente a intromisiones o limitaciones externas...».

Una vuelta de campana. Las «Meditaciones viejas sobre un derecho nuevo: la objeción de conciencia», de Adolfo SERRANO DE TRIANA, elevan el homenaje hasta el reino platónico de las ideas, expresado en su grado máximo: la Idea Absoluta del Bien. Siempre es grato defender la conciencia, la moral y la belleza sublime frente a sus enemigos maniqueos (violencia, coacción, poder). Mucho más si el autor luce una erudición «polícroma» —tomo el adjetivo en préstamo— que conduce, cito al azar, de TITO LIVIO a TOYNBEE, de Ramón BERENGUER a J. LOCKE, de CRITON al inevitable HABERMAS. Y casi alcanza el éxtasis cuando acude a la retórica literaria: «hoy los coribantes de Cibeles susurran a la conciencia la voz socrática en figura de reivindicación frente a las disposiciones de la Asamblea, no para cumplir virtuosamente sus dictados arbitrarios».

La ironía no debe ocultar, sin embargo, la brillantez del trabajo de A. SERRANO, sobre todo en su faceta histórica. Los epígrafes son muy expresivos: la propagación legalizada de la militarización; desde el título de honor a la prestación forzosa, y de ahí a la sacramentalización jurídica; y dos razones más: la lealtad y la honra; el ligamen de la tierra, la vinculación a la propiedad y la negación del otro... Aunque hay muchas ideas, me permito aportar otras fuentes: por ejemplo, la teoría de la resistencia en los monarcómacos, sobre todo en la *Vindiciae contra Tyrannos*; y también expresar una sugerencia: no estaría de más un esfuerzo de comprensión hacia las (supongo que escasas) razones del adversario. Por último y de nuevo con *animus iocandi*: cuando se reforme la ley sobre objeción de conciencia, prohíbase al redactor del preámbulo la lectura de este notable escrito; de lo contrario, volveremos, como mínimo, al «campo de Agrarante» de la Ley básica de Régimen Local.

Del adjetivo exuberante a la ponderación y el equilibrio que presiden el escrito de Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución». La única contribución al homenaje desde la óptica civilista refleja con su inteligente medida el signo de los tiempos: la propiedad carece ya de pretensiones imperiales y pide tan sólo un lugar en el marco de la Constitución económica. Díez-PICAZO admite la nueva dimensión del problema y busca una fórmula para encauzarlo desde la perspectiva del Derecho privado: todavía hay algo en común entre los múltiples

tipos de propiedades con estatuto jurídico singular; sólo existe propiedad (constitucional: es decir, con respeto a su contenido esencial) si se define por el *ius utendi, fruendi et disponendi* y no cabe, pues, reducirla a cesión enfitéutica o a concesión administrativa; la función social permite imponer límites al goce en atención al destino económico asignable a los bienes. Toda una lección de realismo y de rigor jurídico.

Sobre el mismo asunto, pero con mayor dosis de pasión y de polémica: «El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», de José Ramón PARADA VÁZQUEZ, es un texto que ha alcanzado gran repercusión en la doctrina. El punto de partida es bien conocido: las fórmulas constitucionales sobre la propiedad han pasado desde su concepción «casi divina» en la Revolución francesa hasta la «desconsideración» con que es tratada por las normas de nuestra época. El punto clave, proclama solemnemente PARADA, consiste en determinar el contenido esencial que ha de ser respetado por las configuraciones legales, pues siempre habrá de existir «un último aprovechamiento inatacable o indemnizable que justifique en términos económicos el interés del titular por el bien en cuestión».

Desde estas premisas, el estudio deriva en el tema de la expropiación forzosa, que PARADA expone con brillantez y cuyas facetas principales son: la expropiación ha dejado de ser un sistema defensivo de la propiedad para convertirse en un procedimiento para el ejercicio de la potestad expropiatoria; la ley singular (así, en el caso RUMASA) elimina la garantía judicial efectiva y la reduce acaso a un «medieval» derecho de petición; la crisis de la regla básica del previo pago se consagra por la propia jurisprudencia constitucional, no obstante las densas argumentaciones doctrinales en su favor; por último, la protección interdicial civil es inútil y el contencioso-administrativo es insuficiente frente a las expropiaciones irregulares. Una imagen catastrófica del instituto expropiatorio en nuestro Derecho, discutible tal vez porque no contempla todos los ángulos del problema. En todo caso, el espléndido artículo de PARADA invita a una reflexión profunda sobre los límites (si es que los tiene) del Estado social, enfermo, a lo mejor incurable, de voracidad creciente. Incluso los teóricos absolutistas de la soberanía (empezando por BODINO) reconocían a la propiedad como límite infranqueable para el poder político.

José Luis PIÑAR MAÑAS escribe sobre «Las fundaciones y la Constitución española». Se trata de un trabajo construido de forma ortodoxa, con el estilo académico exigible a una lección profesoral. Estudia PIÑAR el concepto de fundación en su vertiente histórica y actual, dejando bien clara la necesidad de actualizar los planteamientos: las

fundaciones «deben ser consideradas como conjuntos de bienes destinados a fines en esencia no lucrativos» y es imprescindible revisar la noción clásica del protectorado; sigue por el Derecho comparado, con un interesante *excursus* sobre el modelo anglosajón; pasa al artículo 34 CE, ejemplo «solitario» en el panorama constitucional, que analiza oportunamente en cuanto a su alcance (de nuevo la técnica de la garantía institucional) y consecuencias (incluyendo la dudosa constitucionalidad de algunas disposiciones en vigor); termina con un estudio de la división de competencias en la materia, con amplia información sobre Estatutos y transferencias. Reconocido especialista, es lógico suponer que PIÑAR se ocupará a corto plazo de la nueva y discutida Ley de fundaciones que se halla actualmente en plena tramitación parlamentaria.

Dos trabajos de notable calidad, muy distintos entre sí, se ocupan del régimen jurídico de las profesiones. El primero, de Leopoldo TOLIVAR ALAS: «La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio». TOLIVAR presenta un panorama muy completo de la materia, buscando con pericia la esencia jurídica de este derecho (en conexión también con la libertad de empresa) y analizando el contenido «dinámico» del mismo, en cuanto al acceso, ejercicio, promoción, cambio, protección frente al intrusismo, etc. Tiene especial interés el comentario sobre la permeabilidad entre profesiones públicas y actividad privada, a través de la publicación de oficios privados y la privacidad de funciones públicas. Pero de todo ello deduce TOLIVAR —como hacen poco después VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA— un juicio muy negativo: la situación española «no es la querida por un recto entendimiento del principio de libertad»; persisten conflictos profesionales de atribuciones y, lo que es aún peor, «un reglamentarismo notable de buen número de actividades, incluso manuales o mecánicas, auspiciado por unas organizaciones corporativas a las que, paradójicamente, la Constitución ha venido a dar más relevancia».

Aunque le separe por un momento de su vocación hacia «las preguntas perennes» de la teoría general, el artículo de José Luis VILLAR PALASÍ, en colaboración con José Luis VILLAR EZCURRA, sobre «La libertad constitucional del ejercicio profesional», cumple con creces las expectativas que despierta: es un texto de lectura atractiva, plagado de recuerdos y anécdotas, de reflexiones vitales, de alta cultura histórica y literaria. Pero no falta tampoco un buen análisis jurídico, enfocado desde la teoría del grupo normativo, que se caracteriza en este caso por su heteromorfía y por la dispersión de las fuentes de producción normativa. Sigue un estudio completo del concepto de profesión, con especial referencia a los Colegios Profesionales y al

debatido problema de las ingenierías. El último epígrafe, «Tema en-crucijada y propuestas de solución», describe un complejo sistema de eventuales concurrencias normativas, así como una opción explícita por el principio *pro libertate* frente a los gremialismos corporativos. Un planteamiento que es, en mi opinión, irreprochable, pero tal vez poco acorde con el espíritu de una época que, superada la utopía liberal de la sociedad homogénea, recuerda mucho al régimen estatutario medieval de franquicias y privilegios.

El mérito principal de José María MICHAVILA NÚÑEZ, en «El derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución», reside, sin duda, en el esfuerzo por construir la «esencia institucional» del referido secreto, frente a su deficiente regulación jurídico-positiva. En efecto, MICHAVILA no puede permitirse llenar páginas a base de legislación y jurisprudencia; cuando intenta sistematizar la normativa —constitucional, civil, penal, procesal y administrativa—, llega a la acertada conclusión de que es «desarticulada» y «deficiente»; en cuanto a las decisiones judiciales, son escasas y poco significativas. A partir de un panorama tan oscuro, el autor realiza un convincente esfuerzo por perfilar la figura del secreto en conexión con el derecho a la intimidad (el confidente profesional como *alter ego*) y con la necesidad social, de auténtico orden público, que se concreta en un «derecho al secreto de lo necesariamente confiado a un profesional y un deber del profesional de guardar ese secreto tanto por respeto al cliente como por interés público en el correcto ejercicio de su profesión e interés personal en su futuro desenvolvimiento». Un juego sutil de derechos y deberes, situado a medias entre la confianza y el silencio, que bien merece —como reclama MICHAVILA— un esfuerzo creativo del legislador para establecer una institución unitaria.

«La calidad de vida como valor jurídico» resume en un texto conciso y bien construido muchas ideas de su autor, Ramón MARTÍN MATEO, cuya amplia producción en materia de Derecho ambiental es de sobra conocida. El enfoque histórico y sociológico encuadra el asunto en sus justos términos: se trata de «la reacción frente a los excesos de la política económica cuantitativa», que genera una serie de acciones y proyectos y pone en circulación el concepto de calidad de la vida, de naturaleza cualitativa y contenido desorbitado en manos de políticos e ideólogos. Resulta por ello interesante el esfuerzo de MARTÍN MATEO por perfilar una noción técnico-jurídica de calidad de vida, centrada en los rasgos siguientes: substrato físico, preferencia antropológica, tutela del bienestar, tutela ambiental y conservación de los recursos renovables; el trabajo concluye con una aplicación al ordenamiento español de los criterios referidos, que cabe esperar

—sobre todo— de las técnicas de integración ordinamental por principios y que depende decisivamente, a mi juicio, de las técnicas procesales de protección de intereses difusos o colectivos. Un buen análisis, en definitiva, de una realidad que prueba cuán grande es la diferencia entre una idea feliz y su más sencilla aplicación práctica.

La misma materia se desarrolla parcialmente en el trabajo de Demetrio I. LOPERENA ROTA sobre «La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución», análisis descriptivo de la evolución histórica, la norma constitucional (artículos 43 y 45) y el desarrollo legislativo, que alcanza mayor interés cuando resume con buen criterio la posición del ciudadano frente a la Administración ambiental.

La colaboración de Efrén BORRAJO DACRUZ es un examen completo y sistemático de «La Seguridad Social en la Constitución Española». Auténtico experto en la disciplina, BORRAJO expone, en un escrito compacto, las bases fácticas de los sistemas de protección social, límites absolutos que operan sobre la norma jurídica: «la Constitución permite distintas lecturas de sus preceptos y sobre ellas reobran el político imaginativo y el funcionario estabilizado». Sigue un riguroso estudio del artículo 41 CE y sus consecuencias sobre el régimen y cuantía de las prestaciones y de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, así como un anexo de jurisprudencia constitucional y bibliografía. En definitiva, un modelo de comentario «sectorial» del texto constitucional, que viene a recordar al lector la vieja doctrina sobre la Constitución integrada por el «título de los capítulos» de las distintas ramas del ordenamiento.

Escribe con razón José BERMEJO VERA al comienzo de su estudio «Constitución y ordenamiento deportivo» que la incorporación del deporte al texto constitucional refleja la «impresionante vitalidad» de este fenómeno social de nuestra época. Buen conocedor de su tema, BERMEJO comenta sucesivamente el significado y efectos de la relevancia jurídico-constitucional del deporte; el alcance, grado y límites de la intervención de los poderes públicos sobre su desarrollo, con una interesante discusión de las tesis «autonomistas» que, incluso a nivel internacional, sitúan al deporte fuera de las reglas más elementales del Estado de Derecho; la organización y estructura asociativa del deporte, en concreto de las asociaciones deportivas, refiriendo la conocida doctrina constitucional sobre las federaciones; en fin, entre otros puntos, el tema clave de la disciplina deportiva, respecto del cual BERMEJO proclama su opinión con rotundidad: el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva puede abrir las garantías más allá del universo del «movimiento deportivo». Tesis que, sin embargo, vemos quebrarse día a día ante una cerrada defen-

sa de intereses sectoriales que, por cierto, cuanto más transnacionales, mejor resisten las tendencias que tratan sensatamente de sujetarlos a la ley y al Derecho.

En un libro de sistemática tan ajustada, llama la atención el hecho de que se dediquen tres colaboraciones al patrimonio histórico, artístico y cultural. Ello es buena prueba del desarrollo reciente de un «Derecho del patrimonio histórico», en el que inciden regímenes de naturaleza pública y privada y que constituye un ejemplo significativo de la evolución contemporánea del ordenamiento administrativo. En efecto, la teoría tradicional ha sufrido una seria renovación, cuyos datos sustanciales son, en esencia, los siguientes: frente a la concepción clásica del dominio pleno, acaso sujeto a ciertas limitaciones en su uso y disfrute, se trata ahora de delimitar el contorno ordinario de un nuevo tipo de propiedad específica; frente a la acción restringida y subsidiaria de los poderes públicos (responsables, en buena medida, del gigantesco expolio del patrimonio) se sustenta la doctrina de la acción positiva de un «Estado de cultura»; frente al carácter «exquisito» de la política de bellas artes, se supera ahora el aislamiento de la teoría tradicional mediante el concepto de «bienes culturales» y su conexión con la política urbanística.

De todo esto tratan con múltiples aportaciones los trabajos mencionados, bloque homogéneo por su enfoque metodológico y su amplio uso de las ideas de Constitución cultural y *beni culturali*, con las subsiguientes citas de GIANNINI (o del mismo GARCÍA DE ENTERRÍA: diferencia entre «cosa» y «bien», por ejemplo) y de una larga serie de autores italianos y españoles en quienes se percibe su influencia.

Los tres estudios merecen, en mi opinión, un juicio positivo. El de Jesús PRIETO DE PEDRO («Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución») es más general en su enfoque, con buen análisis conceptual y terminológico del artículo 46 CE, de las funciones de los poderes públicos sobre el patrimonio histórico y de la naturaleza jurídica de los bienes que lo integran, todo ello directamente influido por las concepciones antes citadas. El de Juan Manuel ALEGRE AVILA («El ordenamiento protector de los bienes de interés cultural: consideraciones sobre su ámbito y límites. La perversión de las técnicas jurídicas de protección») se centra en el procedimiento de declaración de los BIC, en un análisis muy depurado técnicamente y que revela un conocimiento profundo de la Ley 16/1985 y del RD 111/1986, aunque algunas opiniones podrían, quizá, ser matizadas (tarea, claro está, del todo impertinente aquí y ahora). El de Alfonso PÉREZ MORENO («El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico-artístico»), por último, ofrece una síntesis afortunada de algunas claves ya referidas

del Derecho contemporáneo en esta materia, e incluso supera la doctrina nueva con otras novísimas, que van más allá de la misma Ley vigente: por ejemplo, la «evolución expansiva» del patrimonio alcanza a conectar con el propio medio ambiente y la propiedad se configura ahora como «propiedad conformada» y no meramente «dividida».

Vivimos, pues, tiempos felices para los cultivadores de este sector tan singular del ordenamiento, al que contribuyen cualitativamente los tres trabajos comentados y otras monografías posteriores (C. BARRERO, R. IBÁÑEZ), recogiendo aquellos frutos sembrados por los pioneros. Por su conocido interés al respecto, el comentarista lamenta ahora muy especialmente los límites ineludibles del espacio.

La contribución al homenaje de Jesús GONZÁLEZ SALINAS, bajo el título «Las plusvalías urbanísticas: sistematización del alcance del artículo 47 CE», constituye no ya una monografía, sino una especie de tratado de Derecho urbanístico, contemplado de forma integrada a partir del hilo conductor de la generación y distribución de plusvalías. Previo un examen del proceso constituyente, GONZÁLEZ SALINAS articula su completísimo estudio en dos grandes apartados: primero, el marco institucional en que se encuadra el reparto constitucional de plusvalías urbanísticas, en concreto la «racionalización y procedimentalización» del fenómeno urbanístico; y segundo, la articulación concreta de la redistribución de la plusvalía entre los propietarios y entre éstos y la comunidad. Resulta literalmente imposible entrar en el fondo del asunto, de manera que, en mi propia defensa, aportaré únicamente dos datos: el trabajo de GONZÁLEZ SALINAS cuenta con 257 páginas y con 960 notas, repletas todas ellas de doctrina y de jurisprudencia.

El tomo II concluye con la aportación de Adolfo MENÉNDEZ, «La defensa del consumidor: un principio general del Derecho». Texto breve y conciso, ofrece, junto con un apunte de legislación y jurisprudencia en torno al artículo 51 CE, algunas consideraciones de interés: así, sobre la protección del consumidor como reflejo, en el Estado social, de la tradicional defensa de la buena fe y de los terceros en el tráfico; sobre causas y consecuencias del «relativo fracaso» de la Ley General de 1984; en fin, sobre el reto que impone a los tribunales el principio de defensa del consumidor, concebido como vía para reequilibrar una situación desequilibrada por el tráfico en masa.

Concluye así con una llamada —otra más— a la «creación» judicial del Derecho, en materia de derechos fundamentales, el tomo más voluminoso del libro-homenaje. Un dato para pensar: cerca ya de dos mil páginas, y la Administración Pública aparece apenas como una distinguida actriz de reparto.

III. MONARQUÍA, CORTES GENERALES, GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN. EL ENIGMA DEL PODER ACTIVO

El artículo 1.3 de la Constitución («la forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria») rompe, sin duda, los esquemas teóricos de quienes, rindiendo tributo al idealismo alemán, se jactaban de manejar ideas claras y precisas respecto de la secuencia entre formas políticas, de Estado y de gobierno. Pero procura sin embargo un rótulo inteligible para expresar el juego de relaciones, influencias e interferencias mutuas entre instituciones y poderes del Estado, en el marco de la división clásica de los poderes concebida como principio estructural de todo Estado Constitucional. Desde esta perspectiva, la doctrina iuspublicista trata de descifrar el enigma acerca de cuál es el «poder activo», feliz expresión de Bertrand DE JOUVENEL para calificar al elemento motriz del Estado contemporáneo; y no es difícil concluir que, sea cual fuere el prestigio de la Corona o la «centralidad» formal del Parlamento, es en el complejo Gobierno-Administración donde ha de buscarse cabalmente la clave del misterio.

Las colaboraciones que integran el tomo III de los *Estudios Enterría*, algunas excepcionalmente densas y profundas, reflejan de forma elocuente ese estado de ánimo doctrinal. En cada bloque, con sus singularidades propias: la Corona goza de buena salud histórica, tal vez porque, como reza la fórmula clásica, *Rex eris si recte facies...*; pero su configuración jurídica vive presa de un dilema insoluble, que vamos a examinar de inmediato en los trabajos de M. HERRERO y M. ARAGÓN. La decadencia de las instituciones parlamentarias es un lugar común entre los observadores más sensibles, aunque los autores que tratan aquí el asunto prefieren esquivar los calificativos hirientes. El Gobierno, proclaman algunos, realiza una «función de gobierno», lo que no deja de ser ingenioso a la vez que irrelevante, salvo que así se pretenda justificar (por vía de la eficacia y del mandato popular) un retroceso de casi dos siglos en las relaciones entre Poder y Derecho. En fin, la Administración, aunque «instrumental» y «servicial», sigue gozando de sus prerrogativas de siempre, y aún les parecen pocas a quienes magnifican el intervencionismo estatal.

Cuando el lector ingresa, todavía con buen ánimo, en el referido tomo III, se encuentra, para empezar, bruscamente desplazado de su horizonte cotidiano, impregnado de conceptos racionalnormativos, ahistóricos y constructivistas; se sitúa, en efecto, ante un poliedro multicolor, cuyo brillo le seduce al tiempo que le inquieta. Quiero decir con ello que las tesis de Miguel HERRERO y R. DE MINÓN en «La

posición constitucional de la Corona» sólo resultan inteligibles para quienes, más próximos a BURKE que a SIEYÈS, son conscientes del daño que hace a la derecha española su ignorancia de la filosofía política *whig*, de los románticos alemanes o de los doctrinarios franceses (a quienes DÍEZ DEL CORRAL dedicara aquel libro maravilloso). HERRERO habla una lengua extraña y turbadora para el mecanicista común: la monarquía es «piedra angular de la historia de España», «lo es de su presente», es clave de «nuestra Constitución substancial». Escandaliza a quienes, como mucho, leyeron el espléndido manual de GARCÍA-PELAYO, pero no sus libros de historia de las ideas: la monarquía, proclama el miembro de la Ponencia constitucional, «preexistía a la Constitución y se insertó en ella, pero no derivó nunca de ella»; los más jóvenes, creo, están a tiempo de estudiar a COLERIDGE, a STEIN, a CONSTANT..., también algo sobre BRACON, por ejemplo, y de leer a KANTOROWICZ en *Los dos cuerpos del Rey*. Nuestro frío positivista, sonriente cuando se habla de la «cura de las instituciones», se tranquiliza a medias con el análisis de las funciones constitucionales del monarca, pero se irrita con las ideas ya conocidas de HERRERO acerca del acto complejo como soporte jurídico del refrendo o del Rey-guardián en las situaciones de anomalía. Al final, el racionalista ya no entiende nada: «quien simboliza trasciende el representar, actuando, y esta actuación eficaz es la propia del verdadero símbolo». Pero, si es honrado, será feliz con el hallazgo de un mundo nuevo y sugerente, aunque sólo sea por el encanto seductor de la discrepancia.

Las aguas vuelven a su cauce con el artículo de Manuel ARAGÓN, «Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes», reexposición e inteligente autocrítica de un trabajo muy citado del autor. ARAGÓN se mueve con su reconocida pericia en la confusa doctrina de las formas políticas, de Estado y de gobierno, hoy día, me temo, en plena crisis por hipertrofia. Desde esa elevada perspectiva, advierte la positivación racionalizadora que opera nuestro texto constitucional sobre la monarquía parlamentaria y la describe con trazos enérgicos: «el Rey no es soberano, ni legisla, ni gobierna»; «carece de poderes jurídicos propios»; realiza constantemente actos debidos. La teoría aplicada a la sanción regia de las leyes ofrece resultados contundentes: esta institución es «por completo» inconciliable con la monarquía parlamentaria, puro «ritual» que nada añade a la ley. Por fin, ARAGÓN cambia de criterio ante la hipótesis de una negativa del monarca a sancionar la ley, sosteniendo que procedería reformar la Constitución para eliminar la sanción... y aun la propia monarquía, solución por cierto mucho más traumática que la inhabilitación que antes defendía.

Toda esta construcción jurídica, de innegable coherencia, se sustenta sin embargo en la ficción que hace del Rey único sujeto de un singular Derecho sin coerción y le convierte, con ecos prusianos, en primer servidor del Derecho. Prueba así, en mi opinión, el difícil encaje de la institución monárquica, marcada históricamente por la sacralidad y la magia, en la concepción positivista del Estado Constitucional, incluso cuando esta concepción adopta un perfil tan flexible y comprensivo como el que formula con brillantez M. ARAGÓN. Con esto, desde luego, no se trata de abrir un debate político (que BENTHAM situaría en la «falacia de la desconfianza o ¿qué es lo que subyace?»), sino de constatar un dato de hecho, fundado en la lógica más elemental: el positivista precisa de una estricta separación entre ser y deber ser; la institución monárquica sólo tiene sentido si y cuando trasciende esa dicotomía.

Antonio FANLO LORAS escribe sobre «La expedición por el Rey de los Decretos acordados por el Consejo de Ministros (sus fórmulas promulgatorias tras la Constitución de 1978)». El asunto resulta, quizá, menor —al menos en términos comparativos—; pero encaja, sin duda, en el marco del interés actual por el principio de publicidad de las normas (últimamente, F. SAINZ MORENO). En todo caso, FANLO gasta mucha energía en decir cosas que todo el mundo sabe acerca de la configuración constitucional del Rey y la Corona, aunque ofrece, en cambio, buena y abundante información, histórica y comparada, sobre fórmulas promulgatorias de leyes y decretos: «...a todos, presentes y futuros, ¡salud!...», desea cortésmente el Rey de los belgas. Sus propuestas concretas para el Derecho español (distinción entre reales decretos y decretos; empleo de la fórmula «vengo en expedir») son sensatas y dignas de estudio, pero exigen, a mi juicio, para su plena inteligencia, un *background* histórico y doctrinal que no se adivina bajo las observaciones generalizantes del profesor de Zaragoza.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ procura dilucidar la compleja cuestión de «El control jurisdiccional de los actos del Jefe del Estado» con un razonamiento cartesiano, muy característico de su amplia obra científica, que ha merecido también un reciente libro-homenaje. Las premisas son irreprochables: el artículo 24 no admite excepciones, irresponsabilidad no significa impunidad. Sorprenden, en cambio, los juicios tan extremos que suscita a GONZÁLEZ PÉREZ el vacío legal que denuncia: «la lucha contra las inmunidades del poder no llega jamás a su plenitud en un régimen monárquico», «Estado de Derecho sin construir», «imperla la arbitrariedad más absoluta». En esta línea, en cierto modo catastrofista, rechaza la construcción técnica ya consolidada del refrendo y ni siquiera menciona la posible imputación de

actos a la Casa del Rey o las extensiones funcionales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los actos de administración y gobierno interior de otros órganos constitucionales, cuya intención, *stricto sensu*, es hacer efectivo el artículo 24 de la norma fundamental en ese concreto (y, por cierto, limitado) ámbito; y sin embargo, esta última es, con algún matiz, la solución que apunta el ilustre profesor, con un criterio, como siempre, lleno de pragmatismo y buen sentido jurídico.

El bloque temático dedicado a las Cortes Generales se abre con el excelente estudio de Juan José LAVILLA RUBIRA, que lleva por título «Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad». Se trata, diría yo, de un fragmento de ese tratado de Derecho parlamentario que algún día sus colegas le vamos a reclamar con insistencia. Examina LAVILLA las tres potestades de actuación del Congreso a que alude el título desde el punto de vista de las relaciones entre los poderes, con el primer mérito de tener claros los conceptos y de renunciar, por eso, al cómodo expediente de mezclar unos con otros hasta desfigurarlos a todos. En el marco de un trabajo denso y exhaustivo, son especialmente destacables los análisis de las «razones fundadas en Derecho» para justificar la negativa a remitir información o documentación a la Cámara y de los ámbitos del poder público exentos del control parlamentario; discrepo, en cambio, por razones de principio, del criterio tan radical en contra de las «mociones de reprobación», puesto que, entiendo, la Cámara puede lícitamente declarar su voluntad sobre cualquier asunto, sin perjuicio de excepciones tasadas y con independencia de la eficacia jurídica de la declaración de que se trate.

LAVILLA, además de saber Derecho, conoce bien la «sacristía» parlamentaria, como la llamaba don Nicolás PÉREZ SERRANO. No le es ajena, por tanto, esa esquizofrenia de quien estudia un Derecho de profesores y/o jueces (o, tal vez, de «profesores jueces») y vive, en cambio, día a día, la realidad de un Parlamento políticamente sumiso al tiempo que receloso, a veces sólo por intuición, ante lo jurídico, y mucho más si se trata de un «supraderecho» inmune frente a la voluntad del legislador. Es deseable por todo ello que no abandone el ámbito doctrinal del Derecho parlamentario, donde todavía queda mucho por hacer.

«Cierta perplejidad» provoca, en efecto, como adivina su autor, el título de la colaboración de Luis María Díez-PICAZO: «Los criterios de representación proporcional del artículo 68.3 de la Constitución: su alcance y proyección a efectos distintos de la elección para el Congreso de los Diputados». El tópico sirve de pretexto a Díez-PICAZO para dedicar algunas páginas de amplio horizonte a la representa-

ción política como ficción normativa, que se concreta, en el Estado Constitucional, por medio del mecanismo electoral. A partir de ahí se deducen sensatas consecuencias para el ordenamiento español, en especial los casos de exigencia constitucional tácita de composición proporcional (en las Diputaciones provinciales o las Comisiones parlamentarias) y, a la inversa, la incompatibilidad de la proporcionalidad con los órganos no representativos, texto que —resumido *ad hoc*, por supuesto— podría ser de muy provechosa lectura para políticos en trance de pactar cuotas y repartos del más variado signo. Por último, el equilibrio entre individuo y Estado se impone felizmente sobre la pasión participativa (véase, por todos, J. RAWLS) propia del Estado social, en el epígrafe dedicado a la representación y la proporcionalidad en el ámbito de las organizaciones privadas.

Sobre «El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias» ofrece Tomás QUINTANA LÓPEZ un artículo más descriptivo que original, correctamente ordenado y documentado con amplitud: aparecen así, con profusa reproducción de textos literales, una serie de sentencias en torno a la actividad parlamentaria no legislativa, de mayor interés algunas (las que se hallan en relación con derechos fundamentales) que otras (las que resuelven cuestiones de tono doméstico). Se echa en falta, a mi entender, en el trabajo de QUINTANA un mayor desarrollo de las previsiones constitucionales del artículo 72.3, donde se encuentra la base normativa que sustenta la doctrina de las potestades administrativas de las Cámaras parlamentarias. Cuya solución ha de buscarse, tal vez, en el criterio siguiente: dentro del «giro o tráfico administrativo-parlamentario», las Cámaras deben compartir el estatuto jurídico de las Administraciones Públicas, puesto que el silencio o ambigüedad de las normas no puede servir como pretexto para que aquéllas actúen en un claro oscuro jurídico, en el que destacan con mucha mayor nitidez sus derechos que sus deberes.

Manuel F. CLAVERO ARÉVALO contribuye al homenaje con un texto breve y conciso, bajo el epígrafe «Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias». El catedrático de Sevilla traza un panorama expresivo de la «tensión» entre algunos derechos (igualdad, honor, garantías judiciales) y las principales prerrogativas «de las Cámaras» y no, dice con razón, de sus miembros: inviolabilidad, inmunidad y fuero especial; y concluye constatando la interpretación estricta que el Tribunal Constitucional ha reiterado respecto de las viejas prerrogativas y de los propios actos parlamentarios realizados por diputados y senadores. Eso es todo.

Edorta COBREROS MENDAZONA, en «El *status* parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitu-

ción», hace un corte transversal en el estudio del Derecho parlamentario, contemplando la disciplina *sub specie* del referido precepto, cuyo amplio juego en sede jurisdiccional era seguramente impensable para el constituyente. El enfoque de COBREROS es una muestra significativa de una cierta forma de «hacer» Derecho público, que cuenta con gran predicamento entre las generaciones jóvenes (aunque, en este mismo tema parlamentario, con el ilustre precedente de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO): se trata de un análisis de principios deducidos, a veces con cierta generosidad, de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional, que se trocean y se comentan con una técnica muy próxima a la exégesis literaria. Técnica que revela un esfuerzo meritorio de ordenación y síntesis, aunque corre el riesgo de extraer más consecuencias de las que merece de algún *obiter dictum* aislado del Alto Tribunal, a veces quizá una mera ocurrencia *ad ostentationem* del ponente. Puestos a buscar principios, me permito recordar una regla vieja y sabia, cuyo origen está, cómo no, en los Comunes: *the majority shall have its way, the minority its say*. Quizá volver a los clásicos sea el mejor camino para atenuar la crisis de la institución parlamentaria; que el autor comenta con seriedad y con múltiples citas de RUBIO LLORENTE, lo que refleja sin duda la acertada selección de sus lecturas.

Entramos ya en el bloque, nuclear por razones evidentes, dedicado al Gobierno y, sobre todo, por fin, a la Administración.

«La Administración sirve con objetividad los intereses generales», de Alejandro NIETO, plantea un asunto de tal enjundia que sitúa, una vez más, al comentarista en la frontera misma de la desesperación. Empiezo *commoditatis causa* por el final: el ensayo de NIETO, sugerente como todos los suyos, gira en torno a la obsesión del autor por denunciar la Jurisprudencia pretoriana, el «imperialismo judicial», la «creación judicial del Derecho», el juez que suplanta a la Constitución y a la ley... y por predicar, casi suplicar, un *judicial restraint*. En su reciente *Derecho Administrativo sancionador*, NIETO no duda en identificar nominativamente a los responsables: «DE CASTRO y GARCÍA DE ENTERRÍA han terminado convirtiéndose en aprendices de brujo, cuyas admirables construcciones han adquirido un movimiento incontrolado e imparable». Por seguir citando otros libros del catedrático de la Complutense, yo diría que el estudio que aquí comentamos mezcla la síntesis descriptiva del historiador de las ideas (como en *El pensamiento burocrático*) con el escepticismo, a veces disolvente, del crítico social (tan extremado en *La organización del desgobierno*). Todo ello aplicado a un concepto «inaprensible» como el de intereses generales y atravesado por intuiciones muy brillantes, que parecen esperar siempre un mayor desarrollo: entre ellas, la doctrina

del interés general como legitimación de la función interventora del Estado; el contraste entre intereses generales y sectoriales en la propia Constitución; la tendencia (¿irremediable?) de la burocracia a servir al *dominus* del momento con olvido de su «eficacia indiferente». Sería deseable igualmente ampliar las acertadas páginas dedicadas a la «servicialidad» de la Administración. Pero, sobre todo, cabría perfilar —con auxilio, tal vez, de BENTHAM y su teoría de los *sinister interests*— la noción del interés público como vertebrador de intereses privados y límite infranqueable para los intereses parciales, sectoriales o de grupo (corporativos, por ejemplo): un planteamiento fértil, a mi juicio, que en las expertas manos de A. NIETO podría conducir a resultados muy atractivos.

«Arbitrariedad y discrecionalidad», de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, es un trabajo tan conocido para el hipotético lector que bien puedo prescindir de referir su contenido. Se trata, entiendo, de una exposición difícilmente superable de las exigencias del Estado de Derecho en materia de control del poder discrecional, en cuyo despliegue el coautor del *Curso de Derecho Administrativo* explica, mediante un bien trabado análisis de jurisprudencia, la pervivencia de los peores dogmas fundacionales del contencioso-administrativo; y ello, resumo, a pesar del «genio expansivo», de la Ley Jurisdiccional, de la obra entera de ENTERRÍA y aun de la mismísima Constitución. La conclusión es irreprochable: es preciso refundar el Derecho Administrativo, ahora que se ve aliviado de la ingente tarea de sostener sin ayuda la lucha de la libertad frente al poder.

Escribí en otra ocasión que «la guerra contra Napoleón dista mucho de estar concluida», como prueba la necesidad de librar todavía batallas doctrinales tan brillantes como la emprendida por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. La expresión de mis preocupaciones movió a L. PAREJO a situarme, en aquella conmovedora nota de su libro *Administrar y juzgar*, en una «posición ideológica definida»; eso sí, en la honrosa compañía del propio T.-R. FERNÁNDEZ, de J. DELGADO BARRIO y, por inferencia al parecer, de L. COSCULLUELA. Mis opiniones eran, según PAREJO, prueba de la extensión del «clima que se está creando». Sorprendido por ello, persisto en el empeño de ayudar a que el genio expansivo no sea recluido otra vez en su botella y prefiero que el Ulises administrativo siga amarrado al mástil para resistir mejor el ansioso canto de las sirenas (del poder). Mientras tanto, preocupado por las vías que ha escogido el *Katherdersozialismus*, me permito recomendar la lectura de Alain FINKIELKRAUT (que no es, por cierto, COHEN-TANUGI): «para justificar este triunfo de la memez sobre el pensamiento se invoca habitualmente el argumento de la eficacia».

En algo hay que estar de acuerdo con PAREJO: se da, en efecto, un «claro ejemplo de cooperación positiva entre doctrina y jurisprudencia» entre el autor de *Arbitrariedad y discrecionalidad* y el magistrado Javier DELGADO BARRIO, cuyas «Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho» paso a comentar. El escrito de J. DELGADO resulta singularmente atractivo, incluso inserto en un libro de tanta calidad general; partiendo del examen de los conceptos básicos, el trabajo recoge con perfecta sistemática un numeroso elenco de sentencias en las que se invocan principios generales directamente entroncados con la Constitución: interpretación conforme, participación ciudadana, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, eficacia, proporcionalidad y tantos otros. El mejor homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA consiste, cabalmente, en recoger la huella de su magisterio; a cuyo efecto, me parece digna de subrayar esta afirmación de DELGADO: «sirvan estas reflexiones de homenaje a nuestros administrativistas a los que en tantas ocasiones he seguido al redactar mis ponencias sin citarles en razón de una tradición que lo impide».

El esfuerzo de síntesis que preside —por fuerza— este comentario se ve seriamente amenazado por el omnicompreensivo artículo de J. BARCELONA LLOP, «Principio de legalidad y organización administrativa»; escrito ambicioso, de largo recorrido y, por criticar algo, de razonamiento un tanto premioso, habría encajado limpiamente entre los más sesudos estudios que el tomo I dedica a las fuentes del ordenamiento. La primera parte procura compaginar la unidad organizativa (y con ella la personalidad jurídica concebida *more ENTERRÍA*) entre Gobierno y Administración con la dualidad funcional tan grata a un creciente sector doctrinal, que se mira complacido en el preámbulo de la infortunada Ley 30/1992; dualidad, incluso, psicológica, a juzgar por las largas citas weberianas que el autor trae a colación y que se acompañan de otras no menos largas de la doctrina que le resulta más cercana (BAR CENDÓN, MARTÍN REBOLLO). La segunda parte, con el propósito de dar cuenta del inciso constitucional «de acuerdo con la ley», del artículo 103.2, deriva en una discusión morosa de problemas de la mayor enjundia, con discrepancias respecto de Díez-Picazo y aproximaciones a la tesis de DE OTTO sobre la reserva material de ley concebida como garantía procedimental. Una tesis racionalista desmentida por los hechos: la realidad actual del procedimiento legislativo en España es, dicho sea con la sobriedad prometida, lamentable. Creo muy plausible la conclusión a que llega BARCELONA acerca del papel que debe jugar la «ley» del artículo 103.2; para decirlo (demasiado) rápido, debe interponerse y mediar entre Constitución y reglamento y graduar el ámbito de éste.

La referencia final al papel que juegan los Decretos-Leyes y las Leyes de Presupuestos (en este caso anticipando futuros desarrollos de la jurisprudencia constitucional) culmina la solidez de un trabajo que merece una lectura atenta y reflexiva.

Por simple contraste, es fácil concluir que la aportación de M. BAENA DEL ALCÁZAR («Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico español») no cuenta entre las mejores del libro-homenaje. Preocupado aún, a estas alturas, por el *status* científico de la Ciencia de la Administración (y, me imagino, también por las derivaciones académicas de dicho *status*), BAENA ofrece algunas disquisiciones conceptuales sobre la teoría de la competencia, siempre bajo el prisma de una disolución de lo jurídico en la jerga sociologista, esta vez al menos con el mérito de no expresarse de forma agresiva, sino con prudencia y respeto.

Pablo MENÉNDEZ cierra la materia organizativa con sus «Reflexiones constitucionales sobre la potestad de dirección en las relaciones administrativas interorgánicas». El título prometedor encubre un estudio muy específico sobre la «directriz administrativa interorgánica», bien apoyado en los Derechos francés e italiano, que deja del todo pendiente un análisis de las ahora llamadas entre nosotros «circulares y órdenes de servicio».

El único capítulo que podría figurar en un hipotético epígrafe de «procedimiento administrativo» es el firmado por José Luis FUERTES: «Límites constitucionales de la autotutela administrativa». Escuetto como acostumbra, FUERTES resume la doctrina y la jurisprudencia más conocidas y concluye aceptando sin titubeos que las exigencias constitucionales imponen un ánimo favorable a la suspensión jurisdiccional de los actos impugnados. Tesis ejemplar, digna de ser predicada entre los abogados del Estado, más allá de las (poco comprometidas) proclamas doctrinales. Cito, al efecto, a GARCÍA DE ENTERRÍA en su muy reciente «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas...»: «convendría que retengan bien esta doctrina (de la STC 238/1992) los tribunales ordinarios para rechazar esa posible y fácil inclinación, a la que suelen aludir tópicamente, como en este caso, los escritos de oposición de los abogados defensores de las Administraciones demandadas»; a saber, que la solvencia de los entes públicos garantiza la efectividad de la tutela judicial y justifica sin más la innecesariedad de la suspensión.

Pero, más allá del caso concreto, es evidente que, sorteando a veces la Constitución, la Administración «eficaz», «servicial» y «democrática» que ahora se predica no tiene intención de renunciar a sus privilegios (algunos, en sentido clásico, odiosos) y que ahí siguen to-

dos ellos, reforzada su legitimidad política y hasta liberados de su mala conciencia. La LAP es, por ahora, el último y no el menor de los ejemplos.

Con Fernando LÓPEZ RAMÓN vuelve, no es seguro que de buena gana, sobre una materia ya conocida, ahora reconstruida con el título de «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas». Cuando se empieza a cuestionar por algún señor la «euforia principialista», el trabajo de LÓPEZ RAMÓN devuelve la esperanza en las más genuinas virtudes académicas: saber de qué se habla y ser capaz de explicarlo; a tal efecto, la materia se organiza en torno a los principios de separación entre autoridades civiles y militares, subordinación de éstas a aquéllas, dependencia del ejecutivo, principio «defensivo» (¿sería mejor, tal vez, «de garantía» o de «función garantizadora»?), de juridicidad de las Fuerzas Armadas y de estricta disciplina militar. La plenitud de un buen breviario, que engarza con acierto la historia con el presente y los datos sociopolíticos con el Derecho, no admite lagunas; y por ello el autor no rehúye asuntos delicados: guardia civil, militarismo, jurisdicción militar... Tampoco, claro, el espinoso tema de la función constitucional del Rey, enfocada sin rodeos desde la posición racionalista descrita más arriba; lo que conduce al catedrático de Zaragoza a descartar incluso la moderada postura de GARCÍA DE ENTERRÍA —tan comentada en su día por la prensa más atenta a estos asuntos— que conectaba el ordenamiento constitucional con la impecable actuación del monarca el día 23 de febrero. Pero LÓPEZ RAMÓN, un tanto frío al analizar la naturaleza de la «institución» (perdón: de la Administración) militar, prefiere aceptar los límites de la ciencia ante una realidad inaprensible: «¿Por qué vamos a normalizar lo excepcional?».

Las tesis «ortodoxas» sobre el Derecho Administrativo sancionador son objeto de fiel exposición desde la perspectiva de un administrativista, Juan F. MESTRE DELGADO («La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública») y de un penalista, Angel TORIO —«Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)»—. MESTRE refleja con pulcritud la *communis opinio* doctrinal, ajena todavía al desasosiego causado por la reciente monografía de A. NIETO. Recoge el profesor de Alcalá la situación «prebeccariana» denunciada por ENTERRÍA, la consagración constitucional de la potestad, su finalidad despenalizadora, y, en fin, el famoso *ius puniendi* genérico del Estado proclamado al más alto nivel jurisprudencial, para analizar a continuación los principios de legalidad y de tipicidad. Estudio sólido y serio, bien construido y documentado, ofrece muchas pistas sobre el substrato doctrinal del título IX de la LAP, tan razonable por su posi-

La tesis de NIETO se presenta como exasperante en cuanto a sus normas procedimentales. En parte, pretende reanudar (sic) el diálogo entre los dos sectores implicados de la ciencia jurídica. Pero lo hace, se advierte, desde una buena conciencia de quien nada tiene que justificar porque ofrece mejores prestaciones — en precisión y en garantías — que su competidor. Y en esta línea, sin necesidad de grandes despliegues, acude al clásico MATTES para dilucidar naturalezas y expresa su opción por el criterio «valorativo» del interés atacado para distinguir entre lo penal y lo administrativo, la potestad punitiva y la sancionadora. A medio plazo el debate sobre esta potestad producirá nuevas conjeturas, respecto, por ejemplo, a una cuestión decisiva: es probable que haya que recuperar la «fibra administrativa» de la materia; pero no es seguro que la mejor forma de hacerlo sea convertirla en «un simple anejo» de cualquier actuación administrativa interventora. Discutir la tesis de NIETO dará lugar, sin duda, a resultados importantes. *Sanciones a la función pública en el régimen estatutario*

De las sanciones a la función pública: «El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional», de Rafael ENTRENA CUESTA, y «La huelga de los funcionarios públicos», de Avelino BLASCO ESTEVE. El catedrático de Barcelona constata la opción del constituyente por el sistema estatutario y procura delimitar su alcance; siempre con razonamiento rectilíneo, en ciertos supuestos problemáticos: entre ellos, la tendencia a la «contractualización» o la cuestión (hoy jurídicamente agotada) de la edad de jubilación, los derechos adquiridos y el deber de indemnizar. A su vez, BLASCO ofrece un estudio bien trabado, con uso abundante de la doctrina laboralista y de la jurisprudencia, vista siempre desde la perspectiva de un estadio provisional. En espera, claro está, de una («imprescindible y urgente») Ley Orgánica reguladora en general del derecho de huelga, que habrá de incluir el régimen de las huelgas de funcionarios; régimen que concluye con prudencia el autor, que podrá contener limitaciones específicas no tanto en atención a la condición subjetiva de los titulares cuanto a la naturaleza de las funciones que desarrollan.

Con la ventaja del tiempo, yo diría que gana terreno en materia de función pública un cierto enfoque «a la carta»; que no llegan a considerar ni ENTRENA ni BLASCO. Porque, en puridad, lo mismo se laboraliza (en general, Ley 22/1993) que se administrativiza (así, artículo 127.3 LAP); una curiosa incongruencia que, tal vez, pueda explicarse de forma verosímil en relación dialéctica con el *spoils system*, cuyas manifestaciones entre nosotros ha advertido hace muy poco Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO.

En el desarrollo de un volumen irremediablemente heterogéneo,

José L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR escribe sobre «Defensor del Pueblo y Administración Pública», a partir de una certera reflexión sobre las carencias de la justicia administrativa como presupuesto de la actual *Ombudsmania*; CARRO discute con buenos argumentos algunas deficiencias del régimen vigente; proclama la conveniencia de suprimir el interés legítimo como condición de acceso al Defensor o de eliminar el plazo; propone cuestiones a debatir de *lege ferenda*, como la legitimación del alto comisionado en el contencioso-administrativo en defensa de intereses difusos y colectivos; conecta la eficacia administrativa con la virtualidad de la institución que analiza en el control del nivel de prestación de servicios públicos; tan precisados de mejora en sus técnicas de garantía. Todo esto en el marco de una concepción coherente del Defensor en relación de fiducia con las Cortes Generales; aunque el profesor de Santiago se muestra extrañamente restrictivo en cuanto a la conexión entre diputados y senadores y comisionado del Parlamento, cuando, empleando su propia perspectiva de corte funcionalista, ello vendría a acrecentar el juego político de la institución. Se echa en falta, por último, una extensión del estudio a los comisionados autonómicos, cuyos problemas específicos prueban de nuevo las limitaciones del Defensor para vencer la opacidad y la apatía tradicionales de nuestras Administraciones Públicas.

Antonio EMBID IRUJO, en «La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)»; se sitúa en el epicentro del terremoto doctrinal con un planteamiento, a mi juicio, criticable, pero expuesto con rigor, coherencia y precisión. Lo cual es, sin duda, digno de todo elogio cuando otros defensores de tesis —digamos— «eficacistas» prefieren expresar su apego a las limitaciones del control jurisdiccional de forma oblicua (elogiando, por ejemplo, a la LAP; véase J. LEGUINA) o bajo el manto de una maraña de conceptos (así, como se dijo, L. PAREJO). EMBID se expresa claramente y expone sin ambages las consecuencias últimas de la doctrina al uso sobre la separación entre Gobierno y Administración. Explica con lucidez la evolución doctrinal y jurisprudencial, pre- y postconstitucional, y sostiene que la Constitución no sólo no deroga el artículo 2:b) de la LJCA, sino que, muy al contrario, le da nuevo vigor, en tanto que amplía su ámbito: ya no son sólo actos «del» Gobierno; sino, en sentido material, actos «de» gobierno. Y confirma sus planteamientos acudiendo a la dogmática alemana (el acto de gobierno como reflejo de la libertad de configuración política) y a un análisis pormenorizado de nuestra reciente jurisprudencia. En conclusión: ante un acto de gobierno, el juez administrativo debe mostrarse respetuoso y declarar la inadmisión, aun-

que, en prueba de buen sentido garantista, EMBID concede que cabe el control de los aspectos formales, que puede existir responsabilidad «administrativa» (*sic*) por sus consecuencias y que ha de tratarse con cuidado la eventual afectación de los derechos fundamentales.

Es bien sabido que, durante la pasada legislatura, fracasó la idea de enviar a las Cortes un proyecto de Ley del Gobierno (e incluso, otro de reforma del contencioso) muy próximo a este tipo de orientaciones. Ahora mismo, parece que los tiempos no están para aventuras. Menos mal: no tendría gracia que, doscientos años después, fuera preciso empezar de nuevo la lucha contra la inmunidad de los (¿por qué no?) «actos políticos que expresan la función de gobierno del Gobierno y de otros órganos de gobierno...» cuya actividad consiste, naturalmente, en gobernar.

La colaboración de Santiago MUÑOZ MACHADO, «La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración», fragmento de un estudio más amplio, adopta una nueva perspectiva para dilucidar el enigma sobre el «poder activo» que venimos contemplando: se trata aquí, con sólidos argumentos, de restituir a su lugar preferente el principio de división de poderes, del que deduce la reserva constitucional de un núcleo funcional típico e irreductible en favor de cada uno de ellos; de este modo, la reserva de jurisdicción exige la eliminación de prácticas de auténtica participación administrativa en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales. MUÑOZ MACHADO desarrolla su tesis sobre un elaborado estudio histórico del contencioso-administrativo francés y español, y compara el modelo continental con el inglés, descubriendo una aproximación de los dos sistemas que están condenados a pasarse la vida «mirándose de reojo». De su análisis matizado se desprende, sin duda, una postura rotunda en favor de suprimir los excesos de la vieja prerrogativa, de soltar el lastre de una herencia histórica muy deteriorada: el tema crucial de la ejecución de sentencias es tal vez el ejemplo paradigmático. Pero se sigue también una preferencia por el método fabiano que inspiró secularmente al *Conseil d'Etat*, que se ganó una posición indiscutible «a base de prudencia y prestigio». Con apoyo en un examen selectivo de la jurisprudencia más significativa, MUÑOZ MACHADO se pronuncia *avant la lettre* sobre una polémica ya manida: hay que evitar que el juez se convierta en víctima de una especie de «ideología de la eficacia». Cada cual debe obtener sus propias conclusiones a la hora de situar las posturas doctrinales en el lugar que les corresponde.

Dos trabajos de indiscutible calidad, aunque de muy diferente enfoque, se ocupan de la responsabilidad administrativa, cerca ya del final de este denso tomo III. Luis MARTÍN REBOLLO dedica sus «Nue-

vos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas» a una reflexión general, cargada de madurez y conocimiento de causa, sobre una cuestión que ha tratado con frecuencia. Lo más relevante y sugestivo es el papel central que el autor otorga al instituto de la responsabilidad en el Derecho Administrativo del Estado social. Es muy cierto que, en el debate actual, ha de buscarse un punto de equilibrio: no es un Derecho *contra* nadie; la eficacia no significa aplastar al ciudadano; las garantías no exigen bloquear a la Administración. MARTÍN REBOLLO constata la alta calidad de nuestro sistema, que tanto debe a GARCÍA DE ENTERRÍA, antes y después de la Constitución; reclama con mucha razón un estudio profundo de Sociología jurídica sobre su realidad práctica; expone con cuidado las posibles alternativas y expresa su preferencia por conservar y mejorar el régimen vigente. En la forma (incluyendo la materia en la nueva Ley de Procedimiento) y en algunos contenidos, es clara la sintonía entre el profesor de la Universidad de Cantabria y las tendencias que ha seguido en este punto el legislador, consiguiendo con ello, en buena medida, que el título X de la LAP se libre de las críticas rotundas que la Ley ha suscitado entre la *valentior pars* de nuestra doctrina.

La aportación de Fernando GARRIDO FALLA, «Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», es bien expresiva de esa «otra» forma de hacer Derecho Administrativo, que ha servido tantas veces de contraste con las tesis que impregnan este libro-homenaje. GARRIDO maneja con su maestría habitual el Derecho comparado y la doctrina más sólida; apunta la evolución legislativa de nuestro ordenamiento y se concentra en una minuciosa exposición de su idea nuclear: que el dato de que el servicio público haya funcionado normal o anormalmente no es indiferente a la hora de reconocer la indemnización y que la teoría del riesgo objetivo, aunque no llega a una «socialización de la responsabilidad»; se aplica con más extensión en el Derecho público que en el privado; más en concreto, la responsabilidad por el mal funcionamiento es una forma evolucionada de la responsabilidad por culpa y la exigible por funcionamiento normal deriva de una construcción técnica que distingue entre actuaciones administrativas legalmente realizadas; situaciones de riesgo objetivo y daños causados por actos administrativos no anulables en vía contencioso-administrativa.

«Secreto e información en el Derecho Público», de Fernando SAINZ MORENO, es un texto, como tantos otros de su autor, con cuerpo de artículo y alma de monografía. Vivimos una época que entroniza al *free rider* y, llena de cinismo, se permite minusvalorar el trabajo serio, profundo y responsable; una época en la cual —como es—

cribe SARTORI— «las mentes se simplifican, al tiempo que la realidad se complica». En este marco, estudios como el presente reconcilian al lector, harto de retórica vacía, con el sentido kantiano del deber. Fernando SAINZ conoce a fondo su materia y abutma con su erudición plasmada en notas interesantísimas: de la última norma francesa o alemana al refranero español; del *Codex Iuris Canonici* al convenio internacional telegráfico de San Petersburgo; de los problemas parlamentarios de *Die Grünen* a la disputada información reclamada por los diputados de Castilla-La Mancha... Pero, sobre todo, interpreta los datos con la sutileza del jurista para quien la verdad se halla siempre en los matices; se pide a la Administración que sea transparente y se magnifica el *open government*; pero al tiempo se le exige secreto riguroso; surge, de este modo, un juego dialéctico entre el deber de informar y el deber de callar; en su caso, el deber de callar ante unos y de hablar ante otros. Para concluir con una muestra de inteligencia y sentido común: «no es posible entender el problema de los límites de la publicidad y del secreto formulando sólo principios generales. La ponderación de los intereses públicos y privados, que aquí operan, exige que la enunciación de los grandes principios vaya contrastada por su aplicación a cada caso».

No podía terminar mejor el tomo III de los *Estudios Enterría*.

IV. PODER JUDICIAL, RÉGIMEN LOCAL, ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS:

1. PODER JUDICIAL. ALGUNOS ASUNTOS PENDIENTES. LA AUTONOMÍA DE ALGUNAS ESPECIALIDADES

Con alguna frecuencia se reproduce entre nosotros, como si fuera nueva, una polémica más que centenaria acerca de la posición del juez respecto de la ley. Es extraño también que sigamos discutiendo sobre la vertebración territorial del Estado, jugando con abstracciones retóricas que proponen «relecturas» y exigen nuevos talantes, cuando el sentido común impone pragmatismo y soluciones realistas. De uno y otro tema, «Poder Judicial» y «Organización territorial del Estado», se ocupa el tomo IV del libro-homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA, que mantiene el alto nivel de calidad doctrinal de los anteriores, que garantiza el alto nivel de calidad general de los estudios. Para empezar, como se dijo, el poder judicial. Insisto: hay que librar todavía muchas batallas para sostener el rango del Estado de Derecho frente a los profetas de las virtudes taumaturgicas del poder (aunque sea, faltaría más, un poder democrático). En las páginas que siguen se encuentra alguna prueba de todo ello, aunque falta, tal vez, un planteamiento frontal del más grave asunto pendiente en nuestro sistema jurídico: la calidad de la justicia, en conexión directa

con los medios materiales y la formación técnica de quienes la imparten como función constitucionalmente reservada a quienes la im-

Con la firmeza que otorga conocer a fondo el tema, Federico C. SAINZ DE ROBLES escribe sobre «Poder judicial y Consejo General del Poder Judicial». A la pregunta: «¿qué hace el poder judicial?», responde el autor reiterando cabalmente el principio de plenitud de la garantía jurisdiccional (ex artículos 24.1 y 106.1 CE) como ámbito indisponible para el legislador por hallarse reservado por la Constitución. La respuesta al interrogante: «¿qué es el poder judicial?» no resulta quizá tan convincente: la concepción (mecanicista, diría yo) que allí se trasluce convierte a cada juez en un átomo aislado, de modo que la indiscutible independencia de sus titulares deriva en una suerte de «desintegración» de la estructura judicial. Sobre el Consejo General, SAINZ DE ROBLES ofrece una versión interesante —y, cómo no, de primera mano— acerca de la intrahistoria de su origen y evolución y propone soluciones prudentes (el uso intensivo de las memorias anuales a las Cortes, por ejemplo) mientras llega a asumir la función genuina de conducir la política judicial, negada por razones políticas que su antiguo Presidente expone sin tapujos.

También Jerónimo AROZAMENA SIERRA conoce en profundidad la materia y así se refleja en su notable colaboración; bajo el epígrafe «El principio de unidad jurisdiccional». En el análisis del artículo 117, AROZAMENA ofrece una visión más estructurada del poder judicial puesto que, matizando a SAINZ DE ROBLES, admite que los jueces son «partes que integran un todo», sin negar la «esencialidad» de cada uno en tanto que titular pleno de la potestad jurisdiccional; sitúa luego la unidad en conexión con la independencia y con la exclusividad judicial, describiendo los matices y peculiaridades de cada orden jurisdiccional y aplicando al contencioso-administrativo los criterios de cláusula general y justiciabilidad plena. En fin, con un repaso histórico de intenso significado político acerca del «largo camino hacia la unidad jurisdiccional», el ex magistrado constitucional concluye con una precisión digna de ser desarrollada: que la unidad, deseable e indispensable, no significa «identidad» de funcionamiento (léase, tal vez, uniformidad forzada) entre los diferentes órdenes jurisdiccionales.

En «Comentarios en torno a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los órganos judiciales», Pedro M.^o LARUMBE BARRUN ofrece no tanto unos «comentarios» cuanto un análisis de tono estrictamente didáctico sobre la cuestión de inconstitucionalidad: marco general, ámbito, naturaleza y objeto, procedimiento, precedido por unas reflexiones certeras sobre el papel del poder judicial en la Constitución y seguido por un apéndice documental de juris-

prudencia. LARUMBE defiende con vigor la conveniencia de integrar a las partes del proceso judicial previo en el trámite de alegaciones del proceso constitucional, tesis a la que el legislador habrá de ser sensible en algún momento, por razones bien conocidas. La «revisión» de «Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo», de Miguel BELTRÁN DE FELIPE, es una recensión (al libro del homenajeado *Hacia una nueva justicia administrativa*) elevada con todo merecimiento al rango de estudio doctrinal y prueba, por eso mismo, la conveniencia de liberar al género de los resúmenes de índices y de las loas interesadas. BELTRÁN narra con buen estilo las insuficiencias del proceso contencioso tradicional, cuyos vicios de origen —diría yo, con una paráfrasis de MAITLAND— nos siguen gobernando desde sus tumbas. La «revolución científica» reclamada por GARCÍA DE ENTERRÍA se fundamenta en el impacto decisivo de la Constitución en la cultura jurídica española y en esta línea supone, dice agudamente BELTRÁN, el final de una postura contemporizadora: la efectividad de la tutela judicial exige un cambio radical en aspectos tan decisivos como las medidas cautelares, la legitimación activa, las condenas de hacer y, cómo no, la ejecución de sentencias, cuestionando el viejo dogma de la inembargabilidad de los caudales públicos y apurando las posibilidades (y los límites) del poder de sustitución por los jueces. Doctrinas todas muy conocidas y reforzadas por ENTERRÍA en muchos escritos posteriores, porque aquí se halla la esencia de la lucha contra las inmunidades del poder y el futuro mismo del Derecho Administrativo.

Todo ello es de sobra sabido. Pero nuestro jueces administrativos —yo creo que convencidos racionalmente por tan poderosos argumentos— carecen, a veces, del coraje preciso para avanzar en la dirección apuntada; por poner un ejemplo: cada decisión que aplica, con cierta timidez, el *fumus boni iuris* se ve contestada por otras varias que afirman (por auto «de fe») la solvencia de la Administración como garantía suprema. Por no insistir ahora en el carácter «revisor» de la jurisdicción, nudo que atenaza toda innovación y que sigue invocándose, aunque sea de forma rutinaria, en demasiadas ocasiones.

El valioso trabajo de BELTRÁN mueve, por último, a reclamar, tal vez al propio autor, nuevos estudios sobre la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA y su significado tantas veces reconocido en el Derecho público de nuestro tiempo.

Manuel ALONSO OLEA, en «Sobre los procesos colectivos y la ejecución de sus sentencias», ofrece una lección exquisita de buen Derecho. Trata este ensayo, resumé su autor, «sobre los tipos, naturaleza y carácter de las sentencias dictadas en los procesos especiales de

«... solución de conflictos colectivos y de impugnación de convenios colectivos». Pocas tareas más complejas que resumir un texto de ALONSO OLEA: dotado de una poderosa capacidad de síntesis; cada una de sus frases dice más que algunos libros plagados del verbalismo al uso. Maestro indiscutible en la disciplina; nada puede añadir el lector no iniciado en los *arcana* del Derecho procesal del trabajo. Sólo cabe recomendar su lectura; constatar en efecto que «tras el caso particular; emerge el universo de lo jurídico» y, sobre todo, lamentar que, en nombre de un rechazable sistema de cuotas, no pueda nuestro Tribunal Constitucional contar con la aportación personal de este jurista ejemplar.

La Administración local es tratada con amplitud en este tomo IV; criterio sin duda satisfactorio para quienes sepan apreciar en lo que vale la democracia primaria y la gestión administrativa cotidiana que caracterizan (idealmente) la autonomía de los entes que la integran.

En primer lugar, Luciano VANDELLI escribe sobre «Las premisas de la ordenación constitucional de la Administración local española: tradición revolucionario-napoléónica y perspectiva comparada». Estudio amplio y completo, tiene la singularidad de situar a nuestro régimen local en el marco del Derecho comparado a partir de datos normativos y fácticos de múltiples ordenamientos; una lección de buen uso de la perspectiva comparatista, que tantas veces sirve entre nosotros de adorno *ad ostentationem* o como medio para lucir conocimientos idiomáticos. El profesor de Bolonia escribe mucho y bien sobre asuntos del máximo relieve: la crisis del modelo clásico y la actual mutación administrativa; la uniformidad del régimen municipal y sus —tímidas— derogaciones; la institución de un municipio en cada comunidad local y los intentos de remediar tan insensato criterio; el debatido, en muchos lugares, escalón provincial y el no menos discutido tema de las figuras del Prefecto —*in genere*— y de la Administración periférica; en fin, los sistemas de control entre los distintos entes territoriales.

La visión foránea de VANDELLI (aunque, como es notorio, conoce a fondo el Derecho español) otorga, creo, un mayor valor a su juicio sobre la inserción del sistema nacional en el contexto comparado: en esencia, estamos más cerca de la homogeneidad organizativa y de la relación directa Estado-entes locales propia de los ordenamientos de inspiración francesa que del modelo flexible y «en cascada» del mundo germánico y anglosajón. Lo cual —aunque esto no llega a decirlo VANDELLI— convierte en poco más que retórica para uso escolástico el abuso de las reinterpretaciones de BURMEISTER sobre el artículo 28 de la *Grundgesetz*.

Supongo que, a estas alturas, el lector se fía —esté o no de acuerdo con mi criterio— de la libertad intelectual que proclama el comentarista. No duda, por ello, en afirmar que la lectura de «La autonomía local», de E. SOSA WAGNER, resulta un verdadero placer, y no sólo por la reconocida facilidad literaria de su autor. El edificio se construye sobre bases sólidas: el origen del municipio medieval y su evolución posterior; convierten en una «quimera» su añorada autonomía; las cuatro ideas fuerza del municipalismo moderno: *pouvoir municipal*, STEIN y la fórmula prusiana; descentralización al estilo de HAURIQU, *local government*; sobre todo, su recepción en España por los padres fundadores y su visión afrancesada; la aproximación de GARCÍA DE ENTERRÍA al modelo anglosajón y el triunfo de la *Selbstverwaltung*, cuya configuración en el país de origen se analiza con todo detalle. Cierto, SOSA, a precisar las «singularidades» de la importación del sistema en España. En síntesis, como siempre, la autonomía local es parte de un ordenamiento derivado; que se relaciona con dos ordenamientos superiores (el famoso carácter bifronte) y se construye como garantía institucional restringida o limitada; en el ámbito competencial, la cláusula general alemana resulta admisible entre nosotros previo un fatigoso razonamiento circular, que SOSA consigue sólo a medias conectando el artículo 2 de la LBRJ con el principio democrático; en los mecanismos de control, siempre de legalidad, la fórmula nacional es mucho más benévola que su modelo foráneo. Por último, el autor procede a dibujar las carencias del sistema: las haciendas locales, que unos años después han desatado una batalla que se venía gestando; las instancias de cooperación interadministrativa, pendientes todavía hoy del éxito dudoso del título I de la LAP; el acceso de los afectados a la justicia constitucional en defensa de su autonomía; frente al inoperante sucedáneo que configura la Ley básica 7/1985; cómo no, el nuevo mapa municipal, sin el cual nada sensato puede construirse.

«La «Aproximación a la autonomía local en el marco de las relaciones autonómicas», de José Eugenio SORIANO, resulta, en efecto, una aproximación muy genérica. Se trata, en suma, de apreciar la necesidad de la Ley básica de Régimen Local; a través de algunas sentencias archiconocidas del Tribunal Constitucional y de ciertas reflexiones de sentido común, que conducen a la doctrina de la autonomía-participación. Más originales son algunas observaciones atinentes a la institución provincial y su «mala salud de hierro», y en concreto sobre el que llama «hecho biprovincial». Por último, SORIANO comenta con buen juicio ciertos aspectos del modelo de relaciones interadministrativas y del principio de coordinación; sobre todo,

advierte contra la tentación de establecer un «puente administrativo» entre Estado y entidades locales, presidido por un *animus nocendi* frente a las Comunidades Autónomas, lo que rompería sin duda el equilibrio territorial (si se prefiere, la división horizontal de poderes) que, si fácil o no de llevar a la práctica, es pieza nuclear de nuestro sistema. Aurelio GUAITA, en las «Reflexiones sobre el tratamiento constitucional de la provincia (desde 1812 hasta la vigente Constitución de 1978)» (mención especial de Extremadura y Cataluña), incluye información útil y significativa desde la situación «caótica» y «monstruosa» anterior a 1812 hasta la actual Constitución, desde el antiprovincialismo catalán hasta las divisiones territoriales extremeñas, todo ello enfocado desde un planteamiento rigurosamente provincialista, con críticas expresadas a los eventuales centralismos autonómicos al alza, con Luis MORELL OCAÑA tratar una materia que domina como pocos: «La concepción constitucional de la provincia como entidad local». Un artículo que presenta escasa novedad para quien conozca la abundante producción de MORELL sobre Derecho local. Se recuerdan las bases sociológicas (la provincia como creación de la Sociedad periférica y del sistema de ciudades) e históricas (las concepciones diversas desde 1812 a nuestros días), desde la idea de provisionalidad permanente de la institución provincial. Se interpreta el artículo 141 CE en conexión directa con el 137, así como un «recesivo» (sic: aunque lo diga EXMUMFORD) del pasado. Se discuten, en fin, dos grandes problemas: la idea de la provincia como agrupación de municipios, enfocada con una perspectiva funcional, bien construida y desarrollada (la provincia como entidad local es, sobre todo, instancia de apoyo a los municipios); y también, como nos la siempre plantea la cuestión del carácter necesario de la institución, que MORELL matiza al advertir que el derecho a existir se reconoce a la provincia (y al municipio) en cuanto tipo de entidad local, pero no a las comunidades que en cada caso han logrado su expresión jurídica concreta. En el sistema de control de los actos y acuerdos locales y su relación con el sistema de definición de las competencias locales es objeto de estudio por José Luis RIVERO Y SERNE. La conexión entre los dos ámbitos referidos (control y competencias) constituye, en pureza, el aspecto más novedoso de su enfoque. Previo un estudio lineal de los modelos italiano y francés de control de los entes locales y de los antecedentes históricos y legislativos que dio el Código Civil, en el Derecho español, RIVERO aborda el análisis crítico de los artículos 65 y 66 de la LBRL. A este respecto, observa el catedrático de Sevilla que el peor defecto de los mecanismos allí establecidos deriva del criterio empleado para definir las competencias locales, que no es otro que un intento para definir las competencias locales, que no es

apto para sustentar el régimen de impugnación de actos y acuerdos. Expone luego la conocida teoría de la garantía institucional y la autonomía-participación y concluye con una muestra de legislación «sectorial»; tanto del Estado (costas, aguas, sanidad) como de la Comunidad andaluza: un *test* con resultado negativo, que refleja la quiebra del sistema por la falta de articulación entre Ley básica y leyes específicas. Coincido plenamente con el autor; en el primer comentario doctrinal sobre la Ley 7/1985, escribí —conjuntamente con Piedad GARCÍA-ESCUADERO— que «el contenido de la autonomía local no debe quedar reducido a un conjunto de principios abstractos, cuya concreción se defiende al legislador futuro, sino que requiere una delimitación cualitativa de los intereses locales y supralocales lo más exacta posible, sin perjuicio de su flexibilidad».

Del régimen local al tema estrella de nuestro Derecho público postconstitucional: el Estado de las autonomías.

El estudio de Pedro CRUZ VILLALÓN, llamado «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías territoriales», es —dice en algún momento su autor— «un informe»; un informe que intenta resolver un encargo tan complejo como el enunciado en el título. CRUZ VILLALÓN salva brillantemente el reto. Sin necesidad de acudir a recursos heurísticos, su conocimiento del asunto le permite discernir con rigor la doctrina autonómica del Constitucional con arreglo a tres grandes apartados: el derecho a la autonomía, el proceso autonómico y la delimitación competencial; sobre el primer punto, es destacable la ausencia de una «doctrina del artículo 2»; sobre el segundo, la actividad del supremo intérprete se centra en concretas «puntualizaciones»; sobre competencias, es claro que el Tribunal ha desplegado una intensa actividad que ofrece hoy día un perfil definido sobre una materia tan evanescente en su configuración constitucional. Por último, prolongando las reflexiones del hoy magistrado, cabe mantener el «moderado centralismo», sin fisuras, pero sin estridencias, como pauta para calificar la fibra jurídico-política de la jurisprudencia autonómica del máximo nivel.

Resulta muy ilustrativo leer, bastantes años después de su elaboración, un artículo del malogrado Ignacio DE OTTO: «Ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas y su control». Es ilustrativo, digo, si se recuerdan ciertas heteróclitas reacciones frente a la famosa propuesta de «Administración única», explicables acaso por la perplejidad que supone en política contemplar una iniciativa procedente de donde menos podía esperarse; reacciones que no pueden, rectamente, escudarse en argumentos jurídicos, salvo que, por vía de dictamen, pretendan tan sólo gozar de la voluptuosa satisfacción de dar la razón al adversario.

Quiero decir con esto que DE OTTO da por sentado que nuestro régimen constitucional reparte y separa las competencias de legislación y ejecución y permite por ello prescindir del aparato periférico estatal estableciendo «la llamada continuidad de las Administraciones Públicas, esto es, en cada territorio una sola Administración y nada más que una, la de la Comunidad Autónoma...»; se trata, sintetiza el autor, de un «*desideratum* cuya consecución es constitucionalmente *posible...*», aunque advierta con razón que la «continuidad» de Administraciones ni es una regla absoluta y necesaria, ni la norma fundamental exige tampoco generalizarla. Desde ese punto de vista, DE OTTO se plantea, en un trabajo agudo como todos los suyos, el problema de la eventual «reducción a la unidad»: por una parte, en el plano de los controles de legalidad; siguiendo muy de cerca las tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA (inclusiva la interpretación «suave» del artículo 155); por otra, los instrumentos políticos, en concreto coordinación y cooperación, donde se ubica un examen preciso y certero del 149.1.1. Años después, el título I de la Ley 30/1992 persiste en el terco empeño de redefinir las relaciones interadministrativas; pero su texto, como ha escrito uno de sus primeros y mejores comentaristas, P. SANTOLAYA, crea más problemas jurídicos de los que resuelve.

La contribución de Martín BASSOLS COMA versa sobre «La distribución de las competencias ejecutivas entre las distintas organizaciones administrativas». Se trata de un profundo análisis del esquema de distribución competencial contemplado desde su perspectiva más importante (apariciencias legislativas al margen), como es la función administrativa o ejecutiva *lato sensu*. Desde este enfoque, BASSOLS razona con brillantez sobre el juego de analogías y diferencias entre los Estados federales y nuestro Estado de las autonomías. Por una parte, «...la distribución de competencias no es un reparto de cuotas de soberanía, sino una articulación del pluralismo político desde la perspectiva territorial en el ejercicio del poder político y administrativo, en el seno de un ordenamiento jurídico unitario, al propio tiempo plural y solidario»; por otra, existen innegables aproximaciones funcionales con el federalismo «de ejecución», de manera que la utilización extensiva de la faceta ejecutiva de las Comunidades Autónomas resulta ser un elemento capital del modelo. De ahí la preocupación que suscita un eventual desvalimiento del Estado ante las disfunciones en la ejecución autonómica de su legislación y las fórmulas técnicas subsiguientes para su remedio («alta inspección», «vigilancia»...), cuyas causas y consecuencias son analizadas con todo rigor.

La excelente aportación de BASSOLS concluye con un estudio prolijo de ciertas manifestaciones sectoriales de la distribución de com-

petencias ejecutivas; entre otras patrimonio histórico, salud, ordenación del territorio, transportes terrestres, fijada una con sus matices particulares. En sus «Consideraciones finales», el autor anticipa en varios años algunas críticas que ha merecido el ya citado título de la LAP, y yo diría que, en general, el desarrollo global del Estado autonómico; el abuso de las conferencias sectoriales y otros mecanismos de cooperación técnica puede distorsionar la sustancia política del sistema; prueba de ello son, hoy día, las reticencias que suscita la reciente, mínima y más bien experimental reforma del Senado. En «La Administración de las Comunidades Autónomas» es objeto de una exposición descriptiva a cargo de Enrique ARGULLO y MURGADAS. El texto comienza por el análisis de los preceptos constitucionales y estatutarios, relevantes en la materia; sigue por una discusión, de mayor interés, sobre las «alternativas» para articular las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales (estores, los modelos de sistema binario y Administración indirecta) y termina con una referencia a los diferentes niveles «central, territorial e institucional» de las Administraciones autonómicas. ARGULLO constata el mimetismo de estas estructuras respecto de la Administración estatal, a la que atribuye (en buena parte) la responsabilidad por no haberse reformado a sí misma y por no haber hecho uso de las competencias normativas que le atribuye el 149.1.18. Eliminado este último reproche después de la Ley 30/1992, el primero sigue siendo merecido. Pero yo no sería generoso con el poder «estatuyente», ni con los legisladores autonómicos: todos parecen sentirse muy a gusto reproduciendo prácticas viejadas e incluso fórmulas superadas por su inadecuación a la realidad social, aunque a caso provechosas para quienes ejercen el poder sobre la correspondiente organización. En «Aproximación a la caracterización jurisprudencial del artículo 149.1.1.º de la Constitución española», José TUDELA ARANDA ofrece uno de esos trabajos que sitúan al Tribunal Constitucional como protagonista casi único —aunque no sea exclusivo, observa con razón, citando a E. MARTÍN RETORTILLO—: «No falta nada, relevante o secundario, esencial o incidental, que haya dicho el intérprete supremo sobre el precepto que, con origen doctrinal conocido, define la igualdad esencial de las «condiciones de vida». Es mérito especial de TUDELA no sólo haber encontrado un hilo conductor, los binomios igualdad/autonomía y unidad/autonomía, sino también extraer conclusiones expuestas de forma concisa y bien ordenada; mérito que se acrecienta si recordamos, con el autor, que la naturaleza del 149.1.1.º, se manifiesta «caleidoscópica» a la luz de la jurisprudencia reseñada, porque lo mismo sirve de título competencial que de lí-

mitera las competencias autonómicas de precepto con un «contenido de carácter sustancialmente normativo» que de garantía para el ciudadano en conexión con el artículo 14.

El primero de los diversos estudios sectoriales que completan el volumen corresponde a Enrique GÓMEZ-REINO: CARNOTA, sobre «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medios de comunicación social». GÓMEZ-REINO explica la cuestión a partir de los datos estrictos del Derecho positivo, derivados del artículo 149.1.27 de la norma fundamental, al tiempo que apunta la previsible ampliación futura (a punto de cumplirse hoy día con la reforma de los Estatutos) para las autonomías de segundo grado, y se detiene en el concepto de «normas básicas» y en la delimitación de la materia contenida en el citado precepto constitucional y de otras materias afines. Se trata, en todo caso, de una exposición precisa y correcta, carente de originalidad, cuyo interés doctrinal crece cuando se abordan, en la parte final, los problemas relativos a la titularidad, gestión y ordenación de los servicios de radio y televisión, que GÓMEZ-REINO sintetiza con acierto a partir de una fuerte crítica a su tratamiento normativo y un planteamiento elogioso hacia la acción delimitadora del Tribunal Constitucional. Aunque no falta una reflexión muy seria, aplicable sin duda otras muchas veces: la labor delimitadora del Tribunal «corre el riesgo de convertirse en improbable si no respetan el Estado y las Comunidades Autónomas los principios generales establecidos por el propio Tribunal». Presupuestos constitucionales de las competencias de planificación urbanística.

Los «Presupuestos constitucionales de las competencias de ordenación urbanística» son objeto del trabajo de Luis COSCULLUELA MONTANER. Partiendo de la dimensión esencialmente regional de la ordenación del territorio, COSCULLUELA presenta un panorama descriptivo de los modelos de atribución competencial en Derecho comparado (Alemania, Italia, Francia) y un examen también lineal del proceso constituyente de 1978, de los Estatutos de autonomía y de la legislación urbanística estatal y autonómica del momento. Aborda luego los problemas que plantean los títulos competenciales cruzados en materia urbanística, el artículo 180 de la Ley del Suelo (texto del RD 1346/1976) y las competencias que la LBRL atribuye a los municipios. Todo ello con especial insistencia en las virtudes de la coordinación interadministrativa (por ejemplo, entre instrumentos de planeamiento y planes sectoriales que instrumentan actuaciones de competencia estatal) y descrito con el tono didáctico que el autor imprime a su *Manual*, tan útil para un primer acercamiento a los grandes temas del Derecho Administrativo.

Angel SÁNCHEZ BLANCO ofrece un excelente análisis de la «Distri-

bución constitucional de competencias en materia de recursos naturales (aguas, minas, montes)», apoyado, como debe ser, en un trabajo exhaustivo sobre legislación y jurisprudencia y no en construcciones retóricas fabricadas en cartón-piedra. Previo un examen de las «aportaciones valorativas» surgidas del debate constituyente, el catedrático de Málaga entra en el fondo de su tema, distinguiendo entre los tres ámbitos referidos aunque con cierto desequilibrio en favor de las aguas respecto de las minas y los montes. Se indican con detalle las transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas y el desarrollo legislativo en cada una de ellas, incluyendo cuando procede la jurisprudencia constitucional. El dato sociopolítico acompaña con frecuencia al método estrictamente jurídico: así, SÁNCHEZ BLANCO destaca, por ejemplo, la incidencia de la sequía en las transferencias de recursos hidráulicos o las condiciones estructurales de los regadíos en las diversas Comunidades. No falta tampoco una valoración jurídico-política: la incidencia del supraconcepto «recursos hidráulicos» en la STC 227/1988 como límite a la opción por los máximos niveles competenciales a las autonomías en materia de aguas. Un capítulo, en fin, del mayor interés para clarificar una parcela importante del Derecho Administrativo especial: el agua. El estudio que presenta Margarita BELADÍEZ ROJO, relativo a «Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas», sólo puede ser valorado debidamente si se recuerda su situación cronológica: poco después de la Ley de Costas 22/1988 y en espera, por tanto, de la sentencia del Constitucional al respecto, y recién publicada la STC 227/1988, sobre la Ley de Aguas. El correcto análisis de BELADÍEZ se construye desde una posición muy concreta: que la titularidad estatal sobre una categoría de bienes demaniales (así, en el 132.2.º CE) constituye una cláusula general de competencia que cede, en su caso, ante las competencias específicas asumidas por las Comunidades Autónomas. De ahí una concurrencia competencial de la que puede derivar, y así ocurre de hecho, un conflicto; no sólo entre competencias estatales y autonómicas, sino también con las propias entidades locales. Lo mejor del estudio es, en mi opinión, el análisis de la Ley de Costas en relación con la autonomía municipal, que en nada queda reforzada por esta ley sectorial (a pesar, añadido, de cuanto se diga para magnificar la posición ordinal de la LBRL).

Pedro ESCRIBANO COLLADO analiza «La ordenación del territorio y el medio ambiente en la Constitución», siempre desde la perspectiva de la distribución de competencias que caracteriza a esta sección de los *Estudios Enterría*. El catedrático de Sevilla se ocupa, por una parte, de la «ordenación del territorio», que concibe de forma original

como una «materia de materias», con un valioso análisis comparatista del Derecho autonómico y unas páginas de gran interés acerca de la relación entre aquel concepto —todavía indefinido— y el urbanismo. Trata, por otra parte, sin mostrar expresamente el enlace con el tema anterior, del régimen competencial sobre medio ambiente, en el cual las Comunidades Autónomas gozan de importante protagonismo, lo que debe ser puesto en conexión, a los efectos que procedan, con la incidencia notable en este asunto del Derecho europeo.

He aquí, casi seguro, un ámbito en el cual la ejecución y desarrollo internos del ordenamiento comunitario muestran una tendencia congénita hacia la conflictividad. Sin duda, el argumento pesa de forma considerable en el estudio de Luis ORTEGA ALVAREZ, «Organización del medio ambiente: la propuesta de una autoridad nacional para el medio ambiente», y así lo hace constar con insistencia. ORTEGA examina los antecedentes de la organización administrativa del medio ambiente en España, observando certeramente sus limitaciones políticas; desarrolla con rigor las bases constitucionales y, en particular, los títulos estatales, autonómicos y locales al respecto, con profusa enumeración de las actividades correspondientes; comenta las modificaciones orgánicas y legislativas más próximas en el tiempo a su estudio; y concluye con una apuesta decidida en favor de la autoridad nacional, concebida más como «órgano impulsor de políticas» que como centro de gestión, y con respeto, evidentemente, a las competencias de otros niveles territoriales. Para todo ello propone el autor fórmulas imaginativas, cuya utilidad resulta indiscutible si se ponen en marcha con la imprescindible voluntad política.

Voluntad política que, en esto como en casi todo, tiene la llave para cerrar de una vez el proceso constituyente en su perspectiva territorial. Nadie podrá reprochar a los juristas falta de ingenio ni carencia de recursos técnicos para leer de forma inteligente el inefable título VIII de la Constitución.

V. ECONOMÍA Y HACIENDA. EL JURISTA ANTE LOS LÍMITES DE LO POSIBLE

El tomo V y último de los *Estudios Enterría* ofrece, de nuevo, una bien concebida estructura sistemática y una atractiva selección de materias. Pero de su lectura se desprende una actitud, no siempre grata, de reverencia ante los límites infranqueables de la realidad socioeconómica, que el jurista razonable asume resignadamente: quiero decir que el margen de acción voluntarista sobre la economía y la hacienda resulta, cuando menos, limitado, lo que reduce el abanico de las opciones y aproxima, como es inevitable, su contenido. Ante la

gravedad de las circunstancias, sólo los matices separan unas fórmulas de otras y ni siquiera la brillante ofensiva doctrinal desde posturas neoliberales va más allá de suscitar batallas de papel, puesto que *le donné réel* —como diría LE FUR— no admite en la práctica aventuras insensatas.

En este contexto histórico, con más visos de permanencia que de cambio, quiebran los constructores de utopías y ganan los enfoques serios y moderados, muy cautos en sus propuestas, que predominan —como vamos a comprobar— entre los colaboradores de este volumen. Por esto mismo, algunas concepciones extremistas sobre las virtualidades económicas del Estado social encuentran en el lector un ánimo poco dispuesto. Los retos son demasiado serios: integración europea, articulación interna de competencias, crisis económica y fiscal. La sensatez se impone para aceptar sin reservas la condición imperfecta de la vida social. Cito como modelo a BORGES, tan bien conocido por el homenajeado: «Nunca seré feliz. Tal vez sea mejor. Así podré hacer otras muchas cosas...»

Desde este enfoque posibilista, procede ahora comentar cada una de las aportaciones al último tomo del libro-homenaje.

Dice con razón, en la línea que hemos anticipado, Rafael GÓMEZ-FERRER, al principio de su estudio sobre «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», que la cuestión puede examinarse hoy día «con mayor serenidad científica» al haber perdido «una gran parte de su carga política». Es verdad, en efecto, que la economía mixta es un valor compartido por la práctica diaria de los gobiernos occidentales, aunque algunos libros llamativos inviten a la polémica sobre desregularizaciones y privatizaciones. Una vez jurificado, GÓMEZ-FERRER trata el tema mediante un riguroso análisis del artículo 128.2 CE, con énfasis especial en la reserva de ley que allí se contiene (reserva de ley ordinaria, relativa, estatal: simplifico los criterios del autor) y en los elementos subjetivo (qué es «sector público») y objetivo (qué recursos o servicios son «esenciales») incluidos en el tipo normativo. Concluye GÓMEZ-FERRER con una aguda reflexión acerca de la oposición conceptual entre Estado social y Estado asistencial: es muy cierto que, apariencias al margen, resultan modelos contradictorios. Yo añadiría que el *Welfare State* fracasa por haber impuesto (no sólo fomentado) una mentalidad asistencial, ajena a su sentido genuino. Pero el debate resulta demasiado complejo para esbozar aquí ni siquiera un planteamiento general.

Dos autores hispanoamericanos contribuyen al homenaje. Allan R. BREWER-CARIAS es buen exponente de la proyección doctrinal de GARCÍA DE ENTERRÍA en ese ámbito geográfico y cultural. En «Reflexiones sobre la Constitución económica», el profesor venezolano

ofrece una información rica y bien ordenada sobre ideas ya apuntadas como Estado social, «flexibilidad» de la referida Constitución o régimen de economía mixta, todas ellas aplicadas a su país. Destaca, en mi opinión, la síntesis de los principios de intervencionismo estatal, centrada en los conceptos de Estado regulador, planificador, de control, de servicios públicos, empresario y de fomento.

Por su parte, el mexicano León CORTIÑAS PELÁEZ presenta una visión exultante y apasionada del mismo asunto, más allá del moderado optimismo de su colega de Venezuela. En «Constitución y empresas públicas», CORTIÑAS hace una buena introducción histórico-sociológica, en la que luce el análisis de los dos positivismo iberoamericanos (spenceriano en su país, comteano en el Plata y en Brasil) y la idea de la famosa Constitución de Querétaro como «re-afirmación del sistema ibérico de desarrollo institucional». Sin embargo, no es fácil compartir el optimismo del autor sobre los resultados (ni en México, ni en otros países) de la «potente» Administración prestacional, la naturaleza «estatutaria» del derecho de propiedad o las libertades «potenciadas» por el desarrollo multiforme no sólo del Estado, sino también de la siempre incontrolable paraestatalidad, tan difícil de reconducir a las exigencias del Estado de Derecho.

La colaboración del magistrado Pablo GARCÍA MANZANO («La subordinación del régimen del suelo al interés general establecido en el artículo 128 CE: el supuesto de las zonas verdes») se sitúa extrañamente entre los dos artículos anteriores, defecto excepcional, casi único, en un libro concebido con perfecta sistemática. GARCÍA MANZANO toma como base el artículo 128.1 CE para descender desde la genérica subordinación de la riqueza al interés general a las técnicas concretas del Derecho urbanístico: el precepto constitucional justifica la afectación de las zonas verdes públicas al interés general de una población, que se articula en un régimen jurídico específico de uso, de protección, de reversión en su caso, etc. La materia se expone con el buen sentido práctico de quien conoce su realidad más dinámica y conflictiva. Lástima que, por la fecha de su elaboración (1982), no tome en cuenta las novedades de todo orden (legislativo, jurisprudencial y doctrinal) que se han producido desde entonces.

El trabajo de Isidro E. DE ARCENEGUI trata sobre «El Patrimonio Nacional. Naturaleza y régimen jurídico»: estudio sintético, que examina sin pretensiones la evolución histórico-legislativa, con referencia pertinente a la doctrina tradicional. ARCENEGUI sostiene sin matices la naturaleza demanial de los bienes integrantes de este Patrimonio y propone una doble y «especialísima» protección para aquellos que sean, además, integrantes del patrimonio histórico español. Un buen resumen, en definitiva, acerca de los aspectos sustanciales de la

Ley 23/1982, que alcanzó en su día un alto grado de consenso político y que viene regulando pacíficamente una realidad siempre incómoda para su plena aprehensión por la dogmática jurídica.

Tomás FONT I LLOVET plantea «La ordenación constitucional del dominio público» desde una opción definida: se trata de agotar el campo de lo posible en cuanto a la «fuerza expansiva del régimen demanial», cuya base es una supuesta posición prevalente de la propiedad pública sobre la privada, inherente al Estado social. El razonamiento de FONT es, sin duda, firme y bien trabado, pero la tesis de fondo resulta, a mi juicio, discutible en el terreno de los principios y equívoca en el plano jurídico-constitucional, por cuanto minusvalora el artículo 33 CE al tiempo que magnifica los artículos 128 y 132. El catedrático de Barcelona construye su texto a partir de un coherente esquema dualista: primero, el dominio público «en» la Constitución (naturaleza, titularidad, régimen, afectación) y su conexión con la economía pública y la propiedad privada; luego, el dominio público «desde» la Constitución, sustentado en las ideas de reserva al sector público como exclusión de la libre empresa y de afectación al demanio como exclusión de la propiedad privada.

En esta línea, FONT proclama —sin discutirlos— los dogmas del Estado social, incluyendo el concepto (multiuso) de *Daseinvorsorge*, la función pública de la propiedad que nos ocupa, el Estado redistribuidor de riqueza y algún otro. Más aún, apunta hacia la configuración del dominio público como propiedad colectiva, recibiendo así una tradición germanista que hunde su raíz en la noche de la historia y que da que pensar sobre las influencias de GIERKE y otros organicistas de menos talento sobre FORSTHOFF y demás teóricos del Estado social. De ahí, despachando el asunto con la diligencia obligada, la discrepancia que suscita el enfoque de FONT I LLOVET a pesar del esfuerzo constructivo de su notable trabajo.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, en «Participación, neocorporativismo y Administración económica», matiza, a partir de un cierto escepticismo inteligente, sus tesis de apenas hace diez años, en *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Sin duda, la legislación actual se mueve todavía (y la LAP 30/1992 se vanagloria de ello) en el marco teórico de la sociedad neocorporativa, que concibe a la Administración como impulsora de acuerdos con los actores sociales, mediante el uso a gran escala de técnicas de orientación y negociación. Se sigue, pues, la doctrina inspiradora del Estado social, sin atender a las serias denuncias sobre su crisis, procedentes de autores como RAWLS, HABERMAS o LUHMANN. En este contexto, las reflexiones de SÁNCHEZ MORÓN adquieren todo su valor como reflejo de un auténtico cambio de sentido: la euforia por la participación ha deri-

vado en una «práctica de tipo neocorporativista»; los verdaderos agentes sociales de aquélla son las grandes organizaciones y las asociaciones (más) representativas de intereses sectoriales; el poder público no fomenta la auténtica participación, aunque tampoco olvida alimentar a ciertas «élites organizacionales» que controlan grupos capaces de generar conflicto; en esta línea, la Administración, tiende a aceptar un «diálogo social» (muchas veces informal o al margen de los cauces jurídicos) con las grandes organizaciones de intereses; por todo ello, termino por donde empieza el catedrático de Alcalá, la idea de participación «ha perdido fuerza» en la calle y «parece un tema pasado de moda» en la doctrina. Yo añadiría que todo esto deriva en la poco atractiva imagen de un ciudadano inerte ante gigantescos actores sociopolíticos, en la posición de un *voyeur* (R. SENNET) magnetizado por el espectáculo de la lucha por el poder político y económico, que desarrolla una minoría ante la pasividad conformista de un público cretinizado, al mismo tiempo, por las tonterías que algunos medios de comunicación le presentan como noticias.

El autor trata con precisión algunos ejemplos significativos de «participación» en el ámbito económico: agricultura; industria; banca, cajas de ahorro y seguros; comercio, precios y defensa de los consumidores; en especial, «concertación social» entre empresarios y sindicatos. Y concluye con una opinión sobre neocorporativismo y Constitución, que no es difícil compartir: la práctica neocorporativa es paraconstitucional y, en todo caso, no puede ni debe sustituir a la genuina representación política. Dejo apuntado un tema para futuros desarrollos: ¿*Quid* acerca de la participación en el procedimiento legislativo? Porque, si hemos de concertar intereses sectoriales, es mejor darles cauce público y transparente y evitar que se hagan fuertes en los pliegues recónditos del proceso de toma de decisiones. Sería muy interesante conocer el criterio de SÁNCHEZ MORÓN sobre estos planteamientos que empiezan a ser comunes.

Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE estudia «Las potestades constitucionales de la Hacienda Pública y su configuración jurisprudencial». El preámbulo es fiel reflejo del estilo apasionado del hoy magistrado constitucional, muy capaz de conectar las más precisas y concretas técnicas del especialista con las reflexiones trascendentales sobre el Derecho como *ars*, la justicia como armonía cósmica o el significado genuino del *ius dicere*. Dice MENDIZÁBAL que el juez «opera sobre la patología de la convivencia, con un carácter curativo y a veces quirúrgico» y sobre esa base, y al amparo de su firme profesión de fe en la «primacía de lo judicial» en un Estado de Derecho, el autor colecciona una serie de sentencias (la mayoría de la Sala Tercera del Tribunal Supremo) sobre asuntos de máximo relieve en materia de po-

testades jurídico-tributarias: la potestad tributaria en sentido estricto, las potestades sancionadora y de autotutela y el cumplimiento y ejecución de sentencias. Un estudio muy bien hecho y de gran utilidad, que busca de forma consciente la «coherencia interna» del bloque jurisprudencial, aunque no elude —pero yo diría que sí integra— sus «contradicciones» y sus «desmayos».

En «Aspectos constitucionales del derecho a la prueba en el ámbito tributario», Jaime GARCÍA AÑOVEROS aplica los principios del artículo 24 CE, en concreto el derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», al Derecho tributario, señaladamente al procedimiento de gestión de los tributos y a las reclamaciones económico-administrativas. Previo un repaso de las presunciones *iuris et de iure* presentes en la legislación tributaria (sustantiva y procedimental), el autor se manifiesta contrario a la compatibilidad entre estas normas y la Constitución: es muy cierto que el interés público, aquí concretado como interés recaudatorio, queda de sobra cubierto por una presunción *iuris tantum* y la subsiguiente inversión de la carga probatoria que ello comporta, lo que sitúa ya al ente público en una posición privilegiada puesto que la prueba en contrario suele ser costosa y difícil. Criterios éstos que aplica con buen sentido a cada uno de los preceptos afectados, ofreciendo así una eficaz expresión práctica de la fuerza normativa del texto constitucional.

La contribución de Elisenda MALARET, «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas», se inscribe en el mejor nivel de ese modelo ya definido respecto de muchos trabajos anteriores: análisis profundo del «diálogo» entre jurisprudencia constitucional y doctrina, movido por una certera convicción acerca del carácter discursivo del razonamiento jurídico. E. MALARET vuelca el arsenal conceptual al uso en la distribución competencial en materia de economía, con especial interés en las referencias a la política monetaria, la «ordenación general de la economía» o la planificación. La conclusión, que sigue muy de cerca a TORNOS, es irreprochable desde la lógica del Estado compuesto concebido como Estado de cooperación: la autonomía no deriva de pequeñas competencias exclusivas en sectores inconexos, sino de una «articulación dinámica» de los niveles de autogobierno, que la autora juzga imprescindible y cuya ausencia denuncia en la práctica actual.

El trabajo de Javier GARCÍA DE ENTERRÍA acerca de «La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil» expresa una interesante concepción teleológica de ciertas competencias del Estado derivadas del artículo 149.1 CE: «la competencia legislativa del Estado sobre las principales ramas del ordenamiento no preten-

de sino asegurar la unidad estructural y la sistemacidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, frente al carácter fragmentario e incompleto del Derecho de las Comunidades Autónomas». De este modo, el centro de gravedad se desplaza desde una problemática de defensa de la unidad de mercado hasta una perspectiva funcional mucho más útil. Lo cual exige un serio esfuerzo conceptual, que el mercantilista GARCÍA DE ENTERRÍA aborda en un análisis sólido y bien estructurado: para empezar, ha de reconocerse la función conformadora de la Constitución sobre el viejo ordenamiento mercantil concebido sobre pautas liberales; luego, debe tenerse presente la concurrencia de distintos títulos competenciales sobre materias mercantiles; pero, sobre todo, será preciso determinar el contenido de la «legislación mercantil» a que se refiere el artículo 149.1.6, tarea a la que se aplica con amplio uso de doctrina y jurisprudencia. La cita final del desaparecido M. BROSETA resume muy bien la exigencia del momento: «la invocación que a la legislación mercantil realiza la Constitución hace más urgente que nunca que delimitemos qué es o cuál es el concepto del Derecho mercantil».

El escrito de Joaquín TORNOS MAS sobre un nuevo bloque competencial, «Ordenación constitucional del comercio», sigue las pautas ya identificadas: amplia referencia a la evolución histórica, destacando con acierto el cambio de rumbo que supuso la Constitución de 1931; estudio de los preceptos constitucionales pertinentes (artículos 38, 51, 138.2, diversos apartados del 149.1); uso abundante de la jurisprudencia constitucional y la legislación autonómica. TORNOS resume con claridad su criterio: «los hechos han demostrado que el nivel estatal mantiene una fuerte presencia»; las competencias autonómicas han sufrido una reducción del ámbito asumido estatutariamente, a través de la «ordenación general de la economía» y de las materias conexas al comercio interior; en fin, la autonomía local ha conocido una importante pérdida de contenido, si bien el autor destaca acertadamente la posibilidad para resarcirse de esa pérdida que representa el urbanismo comercial. Además, el catedrático de Barcelona recuerda la decisiva incidencia del «reto» impuesto por la normativa europea, clave, sin duda, en la futura ordenación de esta materia.

El coordinador de la obra, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, acumula a sus méritos como tal una contribución específica sobre «Ordenación constitucional del sistema monetario y crediticio». Un estudio breve, pero completo y preciso, con el saber propio del especialista, sobre el artículo 149.1.11 CE. Se trata, sobre todo, de poner en claro las diferencias entre sistema monetario y sistema crediticio, no obstante su convergencia organizativa en el Banco de España, con

ayuda de la jurisprudencia constitucional y del análisis de los Estatutos de autonomía; para lo cual resulta decisivo, una vez más, determinar el concepto «bases». S. MARTÍN-RETORTILLO destaca enérgicamente la incidencia del principio de unidad económica en el ámbito concreto de las políticas que analiza. De tal manera que es imprescindible completar este estudio con otros muy conocidos del autor para obtener una perspectiva global del asunto, sobre el que confluyen hoy día las nuevas exigencias del Derecho europeo a partir de Maastricht con las viejas ambiciones autonómicas respecto de la banca pública, prestas a reaparecer periódicamente según las coyunturas.

Aurelio MENÉNDEZ aborda con maestría un problema muy concreto, pero de indiscutible relevancia: «Constitución económica, inversiones de capital extranjero y defensa del interés económico nacional». La cuestión se analiza en un triple plano: Derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento, Constitución económica, normativa específica sobre inversiones extranjeras; y gira en torno al concepto evanescente de orden público, en concreto de «orden público económico», como límite eventual a la plena libertad del inversor comunitario. MENÉNDEZ no duda en reconocer que hay objetivos amparables bajo el manto de ese típico concepto indeterminado, aunque hayan de ser expuestos, por cierto, mediante expresiones no menes indeterminadas: por ejemplo, la «salvaguarda de intereses sociales prioritarios»; examina desde esa perspectiva, con criterio matizado, la relación entre el Tratado de Roma y el Derecho español, y concluye con un planteamiento que el paso del tiempo confirma en su plenitud: el «sentido» de la (hoy) Unión Europea lleva hacia una absoluta y rigurosa ausencia de discriminación entre nacionales y extranjeros comunitarios; de manera que nuestra incorporación a la Comunidad «ha abierto, con todas sus consecuencias, un cauce de penetración difícil de contener». No parece, añadiría yo, que nadie pueda llamarse a engaño, ni que sea lícito levantar diques reglamentaristas para contener mareas supranacionales.

Exhausto ya el comentarista, agotados hace tiempo todos los adjetivos, falta todavía por hacer referencia al trabajo de César ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, «Principios constitucionales del sistema presupuestario». Feliz ocurrencia la de situar al final un texto de tanta calidad, en el que ALBIÑANA refleja sus muchos saberes sobre la Hacienda pública: por una parte, en su perspectiva histórica, distinguiendo entre el período 1812-45 y la Constitución de 1876, con unas expresivas conclusiones sobre la falta de «ideología fiscal» de los partidos políticos de nuestro siglo XIX; por otra, un examen del «sistema presupuestario» (en sentido estricto: unidad material de la acti-

vidad financiera del Estado) en la norma fundamental vigente, precedido asimismo por consideraciones históricas y doctrinales. Clave del asunto son el artículo 31.2, que constitucionaliza los principios materiales acerca del gasto público, y las reglas sobre el Presupuesto contenidas en el 134, preceptos que, sumados a los bien conocidos sobre régimen tributario, permiten a ALBIÑANA mostrarse satisfecho por el respaldo constitucional a «la conexión, cada día más estrecha, más estable y más fuerte» de los ingresos y los gastos públicos.

Para terminar con otro merecido elogio, no sería justo olvidar el completo «Índice de materias», a cargo de M. BELTRÁN DE FELIPE e I. MARTÍNEZ DE PISÓN, que habrá de aliviar muchos esfuerzos analíticos aun a riesgo de incitar a un uso puramente funcional de este monumental libro-homenaje.

Sería una lástima: espero ser creído (incluso por los escépticos) si digo, con conocimiento de causa, que el provecho de su lectura íntegra compensa de sobra la magnitud de la tarea.

A MODO DE EPÍLOGO

«Todo gran jurista deja su huella en la historia.»
(F. DE CASTRO)

Al gran jurista Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.



JURISPRUDENCIA

