

## NOTICIAS DE LIBROS

José R. Cossío Díaz: *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 294 pp.

Muchas son las páginas que en la literatura política, sociológica, económica, etcétera, se han dedicado al estudio del Estado social. Más escasos son —y por ello más apreciados por el jurista— los análisis realizados desde una perspectiva predominantemente jurídica. Este es el caso de la obra que comentamos que pretende —y, como veremos, logra de manera altamente satisfactoria— ser un análisis jurídico de la fórmula Estado social que nuestra Constitución consagra en su artículo 1.1, y de los derechos prestacionales que en la misma se contienen.

Antes de pasar a exponer —con las limitaciones propias de este tipo de *noticias bibliográficas*— el contenido de la obra, conviene adelantar que la misma tiene su origen en la Tesis doctoral del autor que fue dirigida por el profesor ARAGÓN REYES (autor, a su vez, del prólogo del libro).

Como ya hemos señalado, se trata de un análisis jurídico, ceñido a la Constitución y que incluye un estudio completo y detallado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pues, como el propio autor señala en la Introducción, «no es posible adquirir una idea completa del Derecho Constitucional español, en este caso, sin otorgar un lugar preferente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». La obra tiene dos partes claramente diferenciadas. La primera (capítulos I y II) constituye un estudio de carácter teórico de la fórmula «Estado social y democrático de Derecho» y del significado de los derechos prestacionales en la Constitución; la segunda (capítulos IV, V y VI) consiste en un análisis predominantemente jurisprudencial de ambos temas, análisis que viene precedido por unas breves pero interesantes consideraciones sobre la interpretación constitucional (capítulo III). Saliendo al paso de posibles reproches, el profesor Cossío justifica esta separación entre parte teórico-general y parte jurisprudencial por razones de índole metodológica.

El capítulo primero se dedica, como ya hemos señalado, al análisis de la fórmula «Estado social y democrático de Derecho», con la cual está estrechamente relacionado todo el contenido de la obra. Para ello el autor estudia primero por

separado cada uno de los términos que integran dicha fórmula, realizando después un análisis global de la misma e identificando cada uno de sus elementos con un valor constitucional: Estado de derecho/libertad, Estado social/igualdad y Estado democrático/pluralismo político. En la formación de tales binomios queda excluido el valor *justicia*, que para el autor no representa un valor material a desarrollar por el ordenamiento sino que hace referencia «a la concordancia entre las normas producidas dentro del sistema y los valores materiales y procedimentales recogidos en la norma fundamental».

En el segundo capítulo se aborda el tema de la posición constitucional de los *derechos prestacionales* (terminología que el autor prefiere a la de *derechos sociales*) y del contenido de los mismos. Para ello el autor realiza un detenido análisis de todo el contenido del Título I de la Constitución y, con carácter previo, se pregunta por cuál debe ser el criterio de fundamentalidad que permita considerar a algunos de esos derechos como fundamentales y a otros no. Para el profesor Cossío, tanto el criterio material —que identifica derechos fundamentales con derechos humanos— como el criterio formal —que radica en el sistema de protección— resultan insuficientes, y sugiere como nuevo criterio de fundamentalidad el del contenido esencial: son derechos fundamentales aquellos que tienen reconocido y garantizado por la Constitución un contenido esencial. A continuación se incluyen unas interesantes reflexiones sobre el valor *dignidad de la persona*, que nuestra Constitución consagra, y su relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Una vez establecido este criterio de fundamentalidad enumera los derechos que en nuestra Constitución ostentan la condición de fundamentales y entre estos distingue, a su vez, entre derechos fundamentales de libertad y derechos fundamentales de igualdad, según la relación que tales derechos tengan con estos valores. El elemento determinante para distinguir unos de otros será precisamente el elemento prestacional. Concluye este capítulo con unas referencias a los principios rectores de la política social y económica, principios que, si bien pueden contener derechos sociales, son claramente distinguibles de los derechos fundamentales desde el momento en que la Constitución no les reconoce la garantía del contenido esencial.

Los siguientes capítulos se centran preferentemente —aunque no exclusivamente— en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre estos temas. Con carácter introductorio el capítulo III se dedica a las características generales de la interpretación constitucional y sus efectos. Los demás capítulos repetirán la estructura de la primera parte: jurisprudencia sobre la fórmula Estado social y democrático de Derecho (IV), jurisprudencia sobre los derechos fundamentales y las prestaciones (V) y jurisprudencia sobre los principios rectores de la política social (VI).

En el capítulo IV se puede distinguir a su vez entre una primera parte en la que se analiza lo que el Tribunal ha dicho sobre cada uno de los elementos Estado democrático, Estado social y Estado de Derecho, y sobre la fórmula en su conjunto, y una segunda parte en la que se examina su eficacia jurídica. La fórmula del artículo 1.1 de nuestra norma fundamental constituye un principio (en contraposición a las reglas, en la terminología de Dworkin), y un principio nuclear en cuanto que goza de una peculiar posición material en el ordenamiento constitucional. En definitiva «el principio Estado social y democrático de Dere-

cho no es una regla de solución del caso, sino un marco de directrices de entendimiento (al más alto nivel) para otros principios y reglas constitucionales, que por su mismo carácter nuclear exige ser invocado como unidad y aplicado mediante un ejercicio ponderativo». Esta posición nuclear le dota, por tanto, de una especial eficacia que se proyecta en tres niveles distintos: eficacia interpretativa, eficacia anulatoria y proyección normativa.

En el siguiente capítulo se centra el autor en el estudio de la relación entre derechos fundamentales y prestaciones. El punto de partida es determinar qué debe entenderse por prestación constitucional, y una vez determinado, examinar la importancia que el elemento prestacional tiene en el contenido del derecho. Tomando como base este criterio, el autor distingue entre aquellos derechos en los que la prestación constituye de por sí su objeto nuclear, y aquellos otros en los que las prestaciones estatales son sólo un complemento de su objeto específico. Establecida esta diferencia, se procede a delimitar cuáles son los derechos fundamentales prestacionales y se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los mismos. El capítulo se cierra con unas consideraciones sobre la eficacia jurídica de estos derechos.

El último capítulo se refiere a los principios rectores de la política social y económica. En este caso el elemento jurisprudencial pierde importancia por ser menos abundantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, y adquiere mayor relevancia el análisis doctrinal. El autor examina los argumentos de las tesis que niegan o limitan la eficacia jurídica de estos principios y de las tesis que admiten dicha eficacia, inclinándose a favor de estas últimas, pero poniendo de relieve que lo importante no es tanto saber si los principios rectores tienen o no eficacia directa, cuanto delimitar su alcance respecto a cada uno de los sujetos a ella vinculados. Para concluir el profesor Cossío intenta dar una posible explicación de los principios rectores analizando su eficacia en relación con los poderes públicos, su contenido obligacional y sus garantías constitucionales.

Como puede deducirse de estas líneas —y así lo señala ARAGÓN REYES en el prólogo— en la obra «hay mucho más que los derechos de prestación». Junto con uno de los tratamientos más completos que desde el punto de vista jurídico se han hecho entre nosotros de los mismos, la obra contiene importantes referencias a cuestiones tan esenciales como el significado de la fórmula del artículo 1.1 de la Constitución, el criterio de fundamentalidad de los derechos, y la distinción entre principios, valores y reglas (por citar tan sólo algunas de ellas). Quizás uno de los principales méritos del autor sea —como se afirma también en el prólogo— la honradez intelectual con que ha abordado estos problemas, sin pretender dar soluciones definitivas pero sin obviarlos. Junto a ello es preciso destacar el rigor con que el profesor Cossío ha sabido tratar cada uno de los problemas, desmenuzándolos para hacerlos más asequibles y poniendo orden en una materia tan compleja.

Antes de concluir nos parece pertinente poner de relieve un dato al que no hemos hecho referencia y es la nacionalidad mexicana del profesor Cossío. Y pensamos que es pertinente por dos razones. La primera, porque si bien este dato no añade nada al contenido de la obra, sí que supone un mérito más del autor en cuanto que a los problemas que la misma de por sí entraña se añade la dificultad de moverse dentro de un ordenamiento distinto del propio. En se-

gundo lugar, porque siempre es alentador ver que la colaboración cada vez más estrecha entre juristas españoles e iberoamericanos produce unos frutos tan relevantes. La obra que comentamos constituye una razón más para seguir fomentando esta colaboración en la que ambas partes tenemos mucho que ganar.—  
*Angel José Gómez Montoro.*

JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAÚJO: *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1989.

No hay duda de que la obra de Carl Schmitt vuelve a estar de moda. Las actuales líneas de investigación tienden a dar una visión de la obra schmittiana a través de una reconstrucción interna de su obra, atemporizando sus conceptos y apartándose de la intencionalidad política, indubitadamente antiparlamentaria, de su pensamiento, puesta al servicio de la «transición a otro Estado, hacia un Estado en el que se supone no hay incompatibilidad entre democracia y dictadura, sino que la democracia se hace compatible con las formas autoritarias de ejercicio del poder político» (Francisco Fernández Buey).

La obra de ESTÉVEZ ARAÚJO centra el pensamiento del jurista alemán en el proceso de construcción y crisis del Estado weimariano, rompiendo, afortunadamente, con la concepción neutral y atemporal de la teoría schmittiana (pensamiento incluso de moda entre la izquierda al ver en la obra de Schmitt elementos de superación del antagonismo social). Para el profesor ARAÚJO la desparlamentarización en Carl Schmitt, el Estado social tecnocrático (o de «excepción económica financiera»), la justificación de las mutaciones constitucionales, la transformación corporativa de la sociedad y la incapacidad de lo que él denomina «Estado agnóstico» de consolidarse cuando éste se basa en el pluralismo social, etc., son, sin duda, excelentes instrumentos para operar en el sentido de una transformación autoritaria de la sociedad y donde, difícilmente, la desparlamentarización por vía del reforzamiento presidencialista puede parecernos una salida moderadamente autoritaria cuando la consecuencia inevitable fue el advenimiento del nazismo.

El autor inicia su investigación con un análisis exhaustivo de la construcción republicana en Weimar, incidiendo en el carácter dual del Estado, donde a través de prácticas viciadas, un sector de la actividad estatal queda sustraído a cualquier normación (por ejemplo, el art. 48.2 de la Constitución referente al estado de excepción o las ordenanzas presidenciales) lo que produce «un distanciamiento entre la realidad constitucional respecto de la constitución formal facilitando el proceso de desparlamentarización». La dificultad de integración, tanto del nacionalismo como del movimiento obrero dará origen a fenómenos corporativos que desplazan al Parlamento como centro de decisión política o, al menos, el legislativo «es un mero formalizador» de acuerdos que se realizan en otra parte. Estos elementos servirán a Schmitt para realizar un «diagnóstico interesado» que permita una salida autoritaria pretendidamente conciliadora de los intereses sociales antagonicos.

En el capítulo II, ESTÉVEZ ARAÚJO analiza, correlativamente a la construcción del Estado de Weimar, la crisis del positivismo jurídico alemán, tan en boga durante el Imperio. La crisis de la Escuela Alemana de Derecho Público en la

construcción de una metodología que atribuyera al Derecho un carácter autónomo a partir de los congresos de Münster (1926) y Munich (1927) es paralela a la crisis del Estado burgués. El autor, al respecto, cita el *Asalto a la Razón*, de Luckacs cuando éste prevé el fin del «autoengaño o de la visión armónica de la sociedad».

El capítulo III está dedicado a analizar los presupuestos filosóficos de la obra schmittiana, sustancialmente el decisionismo político, elemento sustancial para comprender los diferentes posicionamientos de Schmitt durante la agitada vida de la República. En el capítulo IV se analiza la elaboración que el jurista alemán hace acerca de la soberanía y la dictadura comisarial, poniendo de manifiesto (*Teología política*, 1922), que la autoridad no tiene necesidad del Derecho para crear Derecho, sino que es la capacidad que el poder tiene para garantizar el orden lo que «dota de legitimidad al soberano y confiere la validez jurídica a sus decisiones». Esta concepción, claramente autoritaria, polémica y fáctica de la soberanía en Schmitt deriva en la concepción estructural del estado de sitio y en la dictadura comisarial, con una intencionalidad claramente política: la defensa de la República contra el vestigio-amenaza de la Revolución de 1918, siendo ésta, no una fidelidad a la República, «sino a una actitud decididamente contrarrevolucionaria».

Finalmente, y en conexión con lo expuesto, el autor analiza en el capítulo V la segunda estrategia de Schmitt: la construcción de un modelo alternativo a una República que ya no es un muro de contención contra el cuarto estado. El modelo de dictadura plebiscitaria del presidente es la desembocadura coherente al concepto material de Constitución establecido por Schmitt en su *Teoría de la Constitución* (1928), es decir, el rechazo a la Constitución como norma y su conversión en Constitución como decisión, enlazando con el concepto de homogeneidad social de rancio sabor autoritario (*La situación histórico-espiritual del parlamentarismo contemporáneo*, 2.ª ed., 1926), fundamentado, no obstante, «democráticamente» por el jurista alemán ante los nuevos requerimientos que implican al Estado en la intervención de la economía. Desde esta concepción arranca su tesis del Estado arbitral y el Estado total que implica que la máxima autoridad, el presidente, sea el guardián de la Constitución (perfectamente mutable, claro está, *Legalidad y legitimidad*, 1932) y el Estado sea un activo agente económico en la búsqueda del mantenimiento de la homogeneidad. El Parlamento, por tanto, expresión del antagonismo, debe de ser desplazado por una estructura unitaria y coherente sustancialmente decisoria, fundamentada en una concepción plebiscitaria que sustituya la división pluralista de la sociedad por el pueblo homogéneo, evitándose así la ausencia, o lo que es peor para Schmitt, la parcelación de la voluntad estatal y de sus decisiones.—*Alfredo Allué Buiza*.

J. GARBERI: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Trivium, Madrid, 1990, 251 pp.

La publicación de esta monografía es una valiosa aportación para conocer los poderes exorbitantes que aún conservan las Administraciones públicas en

materia represiva, sin que los preceptos constitucionales de 1978 aplicables, hayan surtido todos los efectos deseados. También es un paso más en el intento del Estado postconstitucional por controlar la presunta autonomía sancionadora de los Entes públicos, que de acuerdo con los artículos 106.1 y 117.3 de la CE no es tal, sino una facultad auxiliar de la justicia penal a la que está sometida.

Su lectura permite afirmar que se trata de una valiosísima aportación a los profesionales del derecho e incluso a aquellos que sin serlo se enfrentan a esta situación del ilícito penal harto frecuente en nuestros días. La constante referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de ahí el subtítulo del libro, refuerza de forma irrefutable la tesis defendida en la obra de que las Administraciones públicas disponen de un poder sancionador que supera el techo marcado por la Constitución.

En el primer capítulo, que ha de considerarse de introducción, por exponerse en él los planteamientos que dan lugar a la obra, se comprueba que las potestades sancionadoras de la Administración no se aplican sometidas a los principios de independencia e imparcialidad, por el contrario la parcialidad y dependencia que motivan sus resoluciones permiten hablar de inconstitucionalidad.

El marco constitucional de la potestad sancionadora es el título del segundo capítulo; esta potestad y debido a varias razones como el mayor intervencionismo estatal, el auge del fenómeno despenalizador, el aumento de la actividad administrativa, etc., ha permitido a la Administración acopiar un excesivo poder tanto en las materias asumidas como en los procedimientos de su resolución, lo cual choca frontalmente con el artículo 25.1 de la CE en el que se contemplan los límites que los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y la reserva de Ley formal, imponen a estas actuaciones administrativas. El mismo artículo; en su número 3 que prohíbe a la Administración civil la imposición de sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad es de una claridad meridiana, pero a *sensu contrario* no ocurre lo mismo con la Administración militar por lo que el autor es partidario de la reforma constitucional *ad hoc*.

El capítulo más interesante desde el punto de vista práctico es el tercero, pues, en él se expone el procedimiento sancionador vigente, en el que se observan serias diferencias de control jurisdiccional de las resoluciones represoras. Critica duramente el profesor GARBERÍ la regla *solve et repete*, requisito *sine qua non* para la impugnación jurisdiccional, exigido en el artículo 57.7 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que según jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha de considerarse derogado por entrar en contradicción con los artículos 24.1, 53 y 106.1 de la CE.

Tampoco es admisible la aplicación del principio *bis in idem* que permite la doble sanción administrativa o administrativa y penal por un mismo ilícito, vigente aún en algunas normas, que han de considerarse inaplicables por chocar con el artículo 9.3 de la CE.

Por fin, el cuarto y último capítulo contiene un proyecto de reforma que debe acometerse en la materia, fundado en el artículo 24.2 de la CE, que impone unas garantías aplicables al procedimiento penal que el Tribunal Constitucional ha declarado extensibles a la Administración civil, aunque no a la militar, por lo que se hace patente una contradicción en la jurisprudencia constitucional. La reforma extendería la aplicación directa de los derechos fundamentales en el pro-

ceso penal (procedimiento público, sin dilaciones indebidas, derecho de defensa, presunción de inocencia, etc.), al procedimiento administrativo sancionador.

Apuesta por la simplificación del enjuiciamiento de los ilícitos menores tanto penales como administrativos, teniendo en cuenta la Recomendación 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y del Derecho Comparado. Esta reforma comprendería la aprobación de una Ley General sobre Infracciones y Sanciones Administrativas que teniendo en cuenta los derechos y garantías constitucionales anteriormente indicados estableciera un procedimiento administrativo sancionador ordinario y otro simplificado para las sanciones exclusivamente pecuniarias. En la vía procesal sería de desear la promulgación de una ley reguladora del proceso contencioso-administrativo que sin los inconvenientes de la vigente, permitiera la tutela judicial efectiva de los administrados, aunque mejor sería un proceso simplificado ante la jurisdicción penal, la cual asimismo debería reformarse con la adopción de un proceso para delitos flagrantes y un proceso monitorio aplicable sólo a las penas pecuniarias y de privación de derechos distintos al de libertad.—*Julián Sánchez García.*

ELOY GARCÍA: *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, colección «Temas clave de la Constitución española», Tecnos, Madrid, 1989, 141 pp.

Este brillante estudio de la inmunidad (en sentido amplio, como derecho a la indemnidad de la condición parlamentaria respecto a las acciones judiciales que en su contra pudieran promover el Gobierno o los particulares), pretende desentrañar los supuestos político-constitucionales sobre los que descansa en la actualidad la institución, comparádoslos con los que justificaron su emergencia. Con carácter previo, se depura metodológicamente el objeto de análisis, insistiendo en la necesidad de desbordar la aproximación exclusivamente jurídica, tanto por su insuficiencia como por el hecho —negado intencionadamente por la doctrina mayoritaria— de que con la inmunidad se pone a prueba la legitimidad racional-normativa del ordenamiento, pues con ella lo político se impone a lo jurídico.

E. GARCÍA identifica dos razones que explican su origen y sentido inicial: la división de poderes y la versión liberal del principio representativo (de ahí que halle en el proceso revolucionario francés y no en ciertos privilegios de la historia medieval inglesa —*freedom from arrest* y *freedom of speech*— la circunstancia histórica de la aparición de la institución). La división de poderes, pues en los regímenes parlamentarios la inmunidad no trataba sino de transferir (como consecuencia del dogma de la soberanía del Parlamento) a las Asambleas representativas del liberalismo una parte de los beneficios del viejo axioma absolutista: «el Rey no puede hacer mal»; y en los regímenes donde confluían los principios representativo y monárquico, serviría como instrumento jurídico de defensa de la autonomía institucional del Parlamento frente a unos jueces fácilmente manipulables al servicio de los intereses políticos del monarca. En relación al principio representativo paleoliberal, porque la inmunidad sería una consecuencia más de la independencia del parlamentario frente a sus electores y una garantía de la total libertad de su discurso (en un régimen que «hace de la palabra el instrumento motriz y la forma privilegiada de su acción»: REDLICH). Por ello

afirma J. HABERMAS que la inmunidad, además de instrumento jurídico objetivo, sería en este período un auténtico derecho subjetivo del parlamentario.

Sentadas estas premisas, E. GARCÍA concluye que la crisis actual de la institución no se debe sino a la crisis de los presupuestos históricos citados debido a la incidencia que ha tenido sobre ellos la transformación del Estado liberal. Ahora bien, mientras que el nuevo significado de la división de poderes en el Estado democrático sigue justificando (aunque, obviamente, por razones distintas) su reconocimiento constitucional —como mecanismo de defensa del poder constituyente objetivado por la Constitución frente a las previsibles inclinaciones expansivas de los poderes constituidos, y como instrumento de garantía de los derechos de la oposición parlamentaria frente a la mayoría— los problemas se plantean en relación a la transformación de la doctrina liberal clásica de la representación política. Pues en la moderna «democracia de partidos» (LEIBHOLZ) se produce una introducción subrepticia del mandato imperativo en la relación parlamentaria, grupo al que pertenece, ha cambiado la estimativa del discurso parlamentario (sustitución de la discusión por la adhesión ciudadana) y han surgido nuevos instrumentos de acción política con la consiguiente devaluación del Parlamento como instancia decisoria. El autor se hace eco, en este sentido, de la constelación de problemas que el nuevo marco institucional plantea a la inmunidad: respecto a la inviolabilidad, la preocupación por evitar que degeneren en una coartada constitucional para encubrir actuaciones delictivas de los parlamentarios, su extensión a opiniones vertidas fuera del recinto parlamentario o su posible extensión a los Grupos Parlamentarios (de la que E. GARCÍA se muestra favorable, tanto para las manifestaciones de los parlamentarios individuales en el seno de sus Grupos, como para las de los órganos directivos del Grupo Parlamentario); en relación a la inmunidad *stricto sensu*, de la necesidad de mitigar las distorsiones que produce (cita significativamente las opiniones de KELSEN y MORTATI para quienes la inmunidad debería abolirse sin más).

Junto a la línea argumental indicada (presupuestos jurídico-políticos de la inmunidad), nuestro autor también analiza su significado propiamente jurídico respecto a dos aspectos. En primer término preguntándose hasta qué medida la inmunidad, además de institución de defensa del Parlamento-corporación, puede o no considerarse como un auténtico derecho subjetivo a favor del parlamentario. Según la construcción jurídica mayoritariamente aceptada de la inmunidad ésta es una institución de derecho objetivo cuya función es la salvaguarda de la posición constitucional del Parlamento; de aquí que no conceda un derecho subjetivo al representante (que es protegido, por tanto, sólo instrumentalmente) y que sea una garantía de orden público. Pero, como ya señaló E. GARCÍA en otro momento anterior, la inmunidad tiene también otra fundamentación histórica además de la defensa de la institución (preeminencia del Parlamento), cual es la de ser garantía de la libre formulación y expresión de la voluntad del representante individual (equiparable a la que podría disfrutar cualquier burgués para expresar su opinión en un salón, club o periódico, ya que, según HABERMAS, el Parlamento liberal se configura a imagen de la sociedad: sobre la base de individuos y no de grupos). En segundo término, E. GARCÍA precisa los caracteres jurídicos de la inmunidad: su definición, distinguiendo estrictamente inviolabilidad e inmunidad, tanto por su objeto (aquella protege la actividad pública del parlamentario, ésta la privada —salvo en la tradición española, donde dentro de la inmu-

nidad hallan cabida todas las actuaciones del parlamentario, públicas o privadas, que no gocen de inviolabilidad—), naturaleza jurídica (ambas son instituciones de garantía, pero la inviolabilidad dispensa al parlamentario una protección de fondo, la inmunidad, procesal) y, consecuentemente, eficacia jurídica (la inviolabilidad convierte al parlamentario en un «fugitivo del derecho» pues, quebrando excepcionalmente los principios constitucionales de igualdad y juridificación de todas las relaciones de poder, le exime para siempre y por completo del deber general de responder jurídicamente de todas las actuaciones que estén relacionadas con su función de representante público; la inmunidad demora la eficacia de los preceptos constitucionales —no los quiebra— y, en ese sentido, el artículo 7.º de la Ley de 9 de febrero de 1912, que manda archivar definitivamente el procedimiento en caso de denegación del suplicatorio, debe entenderse, según E. GARCÍA, inconstitucional).—*Fernando Rey Martínez*.

F. GRANADOS: *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Tecnos, Madrid, 1989, 365 pp.

El Ministerio Fiscal es una institución constitucional de extraordinaria importancia en la Administración de Justicia, pero de una naturaleza orgánica anfibia, hasta el punto de que es frecuente confundirla como parte del poder judicial o acusarla de instrumento en manos del Gobierno y que actúa supeditado a los intereses de éste en materia de justicia.

Con esta obra, el autor, abogado y diputado en el Congreso, hace una valiosa aportación en un doble sentido. Por una parte, expone la concepción constitucional y el desarrollo legislativo sobre el Ministerio Público; por otra, plantea interrogantes y aporta nuevas ideas sobre lo que considera debe ser su acertada evolución.

La lectura del libro es valiosa no sólo para quienes no se hayan interesado nunca por la materia, ya que la claridad conceptual y la sencillez del estilo así lo permiten, sino también para los que ya están familiarizados con ella, por las novedosas aportaciones que contiene.

La obra está dividida en cinco capítulos, el primero de los cuales estudia al Ministerio Fiscal desde el punto de vista orgánico y funcional. Contiene un análisis comparativo de las corrientes doctrinales más aceptadas, algunas marcadamente maximalistas como la que le considera un fiel servidor del Gobierno, sustentándose en la Ley sobre organización del Poder Judicial de 1870 y en los sucesivos Estatutos del Ministerio Fiscal de 1926, 1958 y 1969, y la que entiende que se trata de un órgano independiente de los poderes del Estado; ni éstas ni la que le califica como órgano adscrito a la Administración de Justicia o como órgano del Estado que ejerce el *ius puniendi*, son aceptadas por el autor, quien se inclina por una concepción ecléctica contenida en el artículo 124 de la CE y en el Estatuto orgánico de 1981, y que, de acuerdo con Gimeno Sendra, considera al Ministerio Fiscal como órgano administrativo *sui generis* cualificado por su actividad de colaborar al ejercicio de la potestad jurisdiccional en orden a garantizar el cumplimiento efectivo de la legalidad.

El contenido del capítulo segundo comprende la autonomía de la institución, prescrita en el artículo 124.2 de la CE y desarrollado por el artículo 2.1 del Esta-

tuto de 1981. Esta autonomía se corrobora por la Ley Orgánica 4/88 de competencia y organización de la jurisdicción militar al integrar la Fiscalía Jurídico Militar en el Ministerio Fiscal y hacerla depender del Fiscal General del Estado.

El capítulo tercero analiza las misiones del Ministerio Público contenidas en el artículo 124.1 de la CE. Con acertada pedagogía distingue el autor éstas de los conceptos de función y competencia. Las primeras tienen una finalidad consistente en la aplicación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, del interés público y de la independencia judicial. Por función se entiende la capacidad de actuar en cumplimiento de dichos fines interviniendo sobre todo en las distintas clases de procedimientos judiciales. La competencia presupone la existencia de unas funciones estatales y de unos órganos encargados de realizarlas.

Precisamente las funciones y competencias del Ministerio Fiscal es el título del cuarto capítulo, que en quince epígrafes transcribe y analiza las funciones contenidas en el artículo 3 del vigente Estatuto. Se trata de una larga lista de hasta quince, todas ellas destinadas a cumplir las misiones a que se ha hecho referencia anteriormente, por lo que tienen un neto carácter judicial.

Se cierra la obra con la exposición de los principios de actuación, contenidos en el artículo 124.2 de la CE. La unidad de actuación y la dependencia jerárquica son de índole interna, y la legalidad e imparcialidad, de orden externo; el artículo 8 del Estatuto ha introducido un quinto principio que Granados denomina de oportunidad, por el que el Gobierno puede interesar al fiscal general del Estado que promueva ante los Tribunales las acciones pertinentes en defensa del interés público.

Una referencia a las características más relevantes del Ministerio Público en Italia, Francia, Bélgica, Portugal, Austria, la URSS y Estados Unidos ponen de manifiesto el paralelismo de la institución en el Derecho comparado, a excepción de Estados Unidos, donde el Attorney General es el jefe del Departamento de Justicia.

El autor manifiesta su convicción de que el Ministerio Fiscal aún no ha encontrado su definitiva ubicación ni obtuvo el óptimo rendimiento que la sociedad le exige; una muestra de ello es la Ley 5/88 por la que se modifica el Estatuto de 1981 al incluir como órgano de nueva creación la Fiscalía Especial para la represión del tráfico ilegal de drogas.—*Julián Sánchez García*.

LIVIO PALADIN: *Lezioni di Diritto costituzionali*, CEDAM, Padua, 1989, 509 pp.

La primera aproximación a esta obra debe comenzar necesariamente por su título, que resulta relativamente exacto. Es preciso en el término «Lecciones» porque, como nota el autor en la «Advertencia» que precede al texto, no es un manual desde el momento en que en ellas no se tratan ámbitos constitucionales tan esenciales como la justicia constitucional (cuya consulta se remite a CRISAFULLI o a ZAGREBELSKY), ni las autonomías territoriales (tema en el que, como es sabido, su *Diritto regionale* se ha convertido casi en un clásico), ni los derechos fundamentales. El autor «confía» (*sic*) en que el tratamiento que haga de estas materias se publique en el próximo año (esto es, en el que estamos cuando se da esta noticia) e incluso tiene ya asignadas las partes que corresponderán a esas

materias en lo que entonces ya sí constituirá un manual. El presente texto es, como recuerda el propio PALADIN, el *aggiornamento* de las lecciones publicadas en 1977, que, claro está, requerían una revisión forzosamente.

Pero el mismo título es menos preciso, sin embargo, desde el momento en que pudiera hacer creer que el contenido que anuncia es general, cuando en realidad son lecciones de derecho constitucional, sí, pero exclusivamente italiano. Y ello tanto porque usa una terminología propiamente italiana (*stato ordinamento, stato soggetto; fonti atto, fonti fatto*), como porque el único sistema de referencia es el italiano (historia constitucional, pueblo, territorio, forma de Estado, instituciones), como, en fin, porque el criterio de selección de la bibliografía es que ésta sea italiana, a partir de la forma republicana de Estado, o, si es extranjera —y no nos ha parecido que este supuesto sea abundante—, que cuando menos haya sido traducida a esta lengua. (Sin embargo, como advierte el mismo autor, no aparecen referencias a los manuales clásicos, como las *Istituzioni* de MORTATI o las obras generales, como las diversas Enciclopedias jurídicas generales o los *Comentarios de la Constitución* de BRANCA, lo que no deja de sorprender un tanto en una obra cuyo destino es convertirse en manual). Solamente, pues, en la medida en que es generalizable lo particular cabe hablar del contenido de la obra como derecho constitucional sin más, como derecho constitucional en general.

La obra se divide en Partes, como queda dicho, y éstas en capítulos, al final de los cuales se incluye la bibliografía, de modo que el discurso principal no se ve interrumpido por las llamadas a pie de página; los capítulos, en su caso, en secciones y, finalmente, en epígrafes. Es decir, se ha intentado y se ha conseguido una buena sistemática.

El contenido de estas *Lecciones* lo constituye principalmente el estudio de lo que PALADIN denomina, respectivamente, «Estado ordenamiento» y «Estado sujeto» en sendas Partes, ambas precedidas de otra Parte general. Precisamente en el primer capítulo de ésta el autor se ocupa de dichas nociones, que, con la referencia al concepto de Constitución y sus diversas concepciones materiales, se convierten en premisa si se desea estudiar el sistema italiano de la mano de este autor. Completa esta Parte general la inevitable tipología de las formas de Estado y de Gobierno, según resulta ya tradicional en los constitucionalistas italianos.

El grueso de la Parte dedicada al Estado ordenamiento lo ocupa el estudio de las fuentes (antes se ha hecho un breve recorrido por la historia constitucional italiana, desde el régimen estatutario, pasando por el fascismo, hasta desembocar en la Constitución vigente, y también se han analizado brevemente los elementos pueblo y territorio del Estado italiano). Aquéllas son de dos tipos, «fuentes acto» y «fuentes hecho», en la terminología común entre los iuspublicistas italianos. No obstante, en la introducción a ambos tipos de fuentes se alude también a la división entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento, subrayando lo relativas que son las primeras, por lo común confundidas con razones políticas, económicas o sociales o con los sujetos (que en calidad de tales no son fuentes, según el autor) que las emanan.

Entre las fuentes, además de las comunes a los ordenamientos de nuestra área, son analizadas las, en mayor o menor medida, singularidades italianas: las leyes constitucionales y de revisión de la Constitución, las «reforzadas» y «atípicas», o el referéndum «abrogativo», además de dedicar un tratamiento relativamente extenso a las fuentes regionales.

El Estado sujeto (del ordenamiento jurídico estatal) ocupa la Parte III y última de estas *Lecciones*, y en ella, previo análisis de la forma republicana del Estado italiano, da cuenta de la estructura y funciones del Parlamento, del Gobierno y del presidente de la República. Del poder judicial, en concreto de su independencia y autonomía, también se ocupa PALADIN, pero no, como cabría pensar, en un capítulo independiente, sino junto al referéndum «abrogativo» y al procedimiento de los demás *referenda* (instrumento, como es sabido, de uso frecuente en aquel país). Lo único que ambas cosas tienen en común es que son —en opinión del autor— correctivos del sistema parlamentario (junto con las autonomías territoriales y la justicia constitucional, que se analizarán en el próximo volumen, según se dijo antes).

Los correctivos al régimen parlamentario obedecen a la idea del autor, que subyace a lo largo de la obra, de que, aunque el sistema italiano ha sido tradicionalmente encuadrado entre los parlamentarismos, no resulta, sin embargo, un parlamentarismo puro, sino que tiene elementos asamblearios, la posición real del presidente de la República no concuerda con la que ha de ocupar en los verdaderos regímenes parlamentarios, e incluso la misma rigidez del texto constitucional (en particular, de alguna cláusula que se preceptúa irreformable) no es acorde con la idea —con el ideal, cabría quizá decir mejor— del parlamentarismo puro (pensamiento, por cierto, que enlaza, curiosamente, con el que expresa TROPER en el artículo del que más adelante se da noticia).

En fin, se trata de una obra claramente dirigida, aunque no se explicita, al universitario italiano, y tiene dos valores evidentes: su actualidad y la indudable solvencia intelectual de su autor. Si su consulta se hace del todo necesaria para acercarse al estudio del sistema italiano, puede resultar también un recurso útil si se acude a ella en busca del Derecho constitucional general. Ahora bien, aunque estas *Lecciones* tienen entidad por sí solas, como obra que corresponde a un único autor estarán incompletas hasta que el resto de los ámbitos del derecho constitucional (aunque sea solamente italiano) no hayan visto la luz.—César Aguado Renedo.

BERND JÜRGEN SCHNEIDER: *Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt am Main, 1988, 255 pp.

El estudio que comentamos tiene por fin procurar una solución sistemática para la tan discutida cuestión de la determinación de las consecuencias jurídicas de la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Partiendo del análisis jurídico-comparado, se procede a la exposición crítica de las teorías enfrentadas de la anulabilidad y la nulidad *ipso-iure* de la ley inconstitucional, tal y como han sido tratadas en la literatura ya desde la época de Weimar y sus últimos desarrollos en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*). Especialmente interesante resulta en este sentido el capítulo octavo dedicado al estudio crítico de la posición que el *BVerfG* parece adoptar en esta contienda, prestando especial atención al tipo de argumentación desarrollado en sus sentencias. De ello deduce, y esa es su tesis de partida, que, en realidad, este

Tribunal nunca ha aceptado tajantemente el dogma de la nulidad *ipso-iure* como efecto necesario de la declaración de inconstitucionalidad y, a la vista de los efectos que le ha asociado en la práctica, da muestra el autor de la operatividad de su forma de entender los efectos jurídicos de tal declaración agrupados en un sistema de efectos primarios y secundarios.

La conclusión será que el dogma, tradicional en la doctrina alemana, de la teoría del *ipso-iure*, no es compatible con los postulados constitucionales:

- La monopolización, así como la concentración de competencias de rechazo y control o examen últimos, presuponen una ley *formalmente* existente, independientemente de su conformidad *material* con la Constitución y, en ese sentido, válida y eficaz.
- Lo que resultará «anulado» en el juicio de constitucionalidad será no sólo la presunción jurídica de conformidad con la Constitución (presunción de validez), sino, ante todo, también la formal existencia de la ley.
- Para el período de tiempo anterior a la sentencia que declara la inconstitucionalidad, el concepto de nulidad debe ser interpretado en sentido exclusivamente material, esto es, la consecuencia de una no-compatibilidad con el derecho de rango superior y no, como los defensores de la teoría de la nulidad *ipso-iure*, ser referido al aspecto formal de la existencia jurídica de una ley.
- Significa únicamente, por consiguiente, que se constata que la norma, a causa de su incompatibilidad con la Constitución, no debió ser emanada.
- Sin embargo, la existencia de una ley, en el sentido de existencia formal, y con ello su aplicabilidad, son independientes de esto.

La solución, por tanto, está en la vía abierta por la teoría de la anulabilidad. Advierte el autor que cuanto en el libro se dice de los efectos de la constatación de la disconformidad vale tanto para el derecho posconstitucional como para el preconstitucional, así como para el derecho de rango infralegal. Sin embargo, respecto de estos dos últimos casos, la falta de un monopolio de rechazo del *BVerfG* (no es de aplicación el art. 100 GG, que prevé la «cuestión de inconstitucionalidad»), y consiguiente presencia de un control difuso, hacen que el problema de la inconstitucionalidad se limite a cada caso en concreto, con lo que semejante derecho no se puede decir ni absolutamente nulo ni anulable, sino, como consecuencia única, no aplicable en el caso particular.

En cuanto a su sistema de efectos primarios, el efecto primario es la propia declaración de inconstitucionalidad. No acoger la teoría de la nulidad *ipso-iure* supone admitir una aplicabilidad prolongada de la ley, válida hasta la decisión del *BVerfG*. Desde el punto de vista teórico, no puede hablarse, sin embargo, de una pérdida de validez temporal de la Constitución en ese período, puesto que ésta no puede renunciar a su necesaria supremacía. Por lo que se refiere al sistema de efectos secundarios, el supuesto de hecho es la existencia de una declaración de inconstitucionalidad. A partir de aquí se abren cuatro posibilidades: la incontrovertida declaración de inconstitucionalidad lleva aparejada la declaración de nulidad, pero no sólo, como en general se admite, exclusivamente en su «modalidad» *ex-tunc*, sino también con las variantes *ex-nunc* y pro-futuro. De aquí va a resultar, atendiendo a la repercusión de los efectos jurídicos de la ley incons.

titucional, una gradación de rango según criterio cualitativo (*qualitative Rangabstufung*). El primer rango, según esto, lo ocuparía la declaración de nulidad *ex-tunc* sobre la base de su carácter casacional y su efecto retroactivo. Se deducen del segundo y tercer rango las declaraciones de nulidad *ex-nunc* y pro-futuro. Ciertamente que ambas conducen a la anulación de la ley, pero ese efecto casacional sólo tiene lugar con el pronunciamiento de la sentencia y, en los supuestos «pro-futuro», en un momento pendiente en el futuro a determinar por el Tribunal. En el último escalón se asienta la declaración de inconstitucionalidad con puro efecto declarativo, con la consecuencia de la aplicabilidad de la ley inconstitucional no limitable ni cuantitativa ni cualitativamente. La ley es «válida» en tanto no se produzca una reacción legislativa. No se requiere para ello una disposición particular del Tribunal.

La selección de las consecuencias jurídicas ha de orientarse exclusivamente según el parámetro de la Constitución. El principio de jerarquía estatuido por ella tiene aquí una doble función, puesto que en este marco negativo de la constitucionalidad adquiere un significado relativo. El *BVerfG*, según esto, tiene que seleccionar las consecuencias jurídicas correspondientes, que en la situación particular conducen a una optimación constitucional rápida, efectiva y completa y evitan nuevas fricciones. Como instrumento técnico actúa el principio de la proporcionalidad en general y, sobre el tercer grado, la ponderación de bienes (*Güterabwägung*) entre el estado de cosas efectivo y el provocado por las consecuencias jurídicas que pretende el pronunciamiento.

No obstante, no queda bien aclarado el carácter o la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal. Tampoco hasta qué punto éste debe depender de las circunstancias fácticas que rodean a la ley inconstitucional, o el contrasentido de la aplicabilidad de una ley inconstitucional.—*M.<sup>a</sup> Angeles Ahumada Ruiz.*

ALJS VIGNUDELLI: *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia «normativa» delle sentenze della Corte Costituzionale*, Maggioli ed., Rimini, 1988, 303 pp.

Sin duda alguna, principal virtud de estas *osservazioni* de VIGNUDELLI es la exhaustividad con que se da cuenta de la legión de artículos, estudios monográficos y referencias en obras de carácter más general, que han terciado en esta polémica acerca de la razón y el fin de las sentencias «intermedias», «anómalas» o «gregarias» que superan «l'alternativa secca 'accoglimento-rigetto'». El estudio está más centrado en la discusión teórica que en el análisis de las sentencias de la Corte a las que se hace referencia al hilo de aquélla. No hay que esperar como final brillante el aldabonazo que deje zanjada la cuestión de los efectos de estas sentencias sobre el ordenamiento, del uso legítimo de las mismas por la Corte Constitucional o de su subsistencia *extra ordinem*.

El tema a abordar es si mediante estas sentencias anómalas (= interpretativas), al ampliarse la actividad de carácter interpretativo, la Corte está manifestando su intención de situarse como legislador positivo. Asimismo, se tantea también la cuestión más grave de si el uso de ciertos criterios interpretativos, en particular los deducibles del principio de igualdad (por excelencia, el de la razonabilidad) conducen a un control sobre la justificación y una valoración de la justicia o

injusticia de las leyes, reconducible todo ello a los aspectos de la interpretación como *law-making process*.

No hay que olvidar, sin embargo, la perspectiva comparada de los sistemas italiano y español, especialmente en este tema de la labor del órgano de la justicia constitucional como intérprete. Los términos del problema están mucho más clarificados en nuestro ámbito, toda vez que a la hora de definir el efecto vinculante que para los aplicadores del Derecho tiene la interpretación de los postulados constitucionales realizada por el Tribunal Constitucional no hay que recurrir a criterios de «alta autoridad moral» en presencia de prescripciones legales como las del artículo 1.1 LOTC o artículo 5 LOPJ.

La intención del autor es investigar sobre los efectos de las sentencias de la Corte para después descender a la calificación del papel que desempeña tanto respecto de los órganos de *indirizzo politico* como de los jurisdiccionales. Al presunto efecto legislativo de estas sentencias dedica el capítulo tercero, partiendo para el análisis crítico de la afirmación, tantas veces hecha, de que el fin del juez de las leyes sería aquí ejercitar una potestad «formalmente jurisdiccional», pero «materialmente legislativa», conforme pareció poner en claro en su día G. SILVESTRI en un artículo agudo y sugerente («Le sentenze normative della Corte Costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981).

Este efecto legislativo sería más o menos claro en las sentencias interpretativas estimatorias, fundamentalmente en las modalidades «aditiva» y «sustitutiva», pero quizá el meollo del problema pudiera encontrarse al tratar de las «sentencias prescriptivas» cuando buena parte de la doctrina pasa a sostener, a la vista de las mismas, que el «guardián de la Constitución», capaz para separar y distinguir los desarrollos constitucionales permanentes de aquellos otros de carácter más político y, por tanto, contingentes, participa indiscutiblemente, si bien de forma indirecta, al tutelar los primeros frente a los segundos, en la elaboración de estos últimos mediante «reclamaciones», indicaciones y consejos técnicos, actuando entonces un papel real y sustancialmente político, que concluye por transfigurar a la Corte en mediadora y moderadora de conflictos sociales. La síntesis final de VIGNUDELLI será la de afirmar una incuestionable influencia de la Corte sobre la actividad del legislador, pero no hasta el punto de perder el norte del artículo 136 de la Constitución italiana, que implica el razonamiento obvio de que influir no es lo mismo que vincular y que, en Derecho, la obligación igual que el mandato requieren consecuencias jurídicas, no morales. En el último capítulo se detendrá más específicamente en la presunta actividad paralegislativa de la Corte, que concluye con la invocación del principio místico de la separación entre *gubernaculum* y *jurisdictio*.

Por último, un problema preliminar que no se salda en el libro, y que consume el capítulo segundo, es el aparentemente superficial del fárrago terminológico que oscurece este asunto de las sentencias «intermedias», en donde las clasificaciones se superponen al tiempo que la calificación de los efectos de estas sentencias no encaja con las agrupaciones que se ensayan atendiendo a la motivación de los pronunciamientos.—M.<sup>a</sup> Angeles Ahumada Ruiz.

T. FLEINER-GERSTER, L. FAVOREU, R. ERRERA, S. J. SORABJEE, A. OGUS, G. S. GOODWIN-GILL, C. GROSSMAN, H. STEINBERGER, L. W. BEER, A. CAESAR ESPIRITU, W. OSIATYNSKI, F. MODERNE, J. DUGARD, A. RAPACZYSKI: *Constitutionalism and Rights. The influence of the United States Constitution abroad*, ed. por L. Henkin y A. Rosenthal, Columbia University Press, Nueva York-Oxford, 1990, 462 pp.

Se reúnen en este volumen los estudios presentados en la reunión científica que, bajo el genérico tema de la influencia ejercida por la Constitución de los Estados Unidos (en adelante, EE. UU.) sobre el resto de Constituciones, fue organizada por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia a fin de conmemorar el bicentenario de la Constitución norteamericana (1787-1987). El tratamiento de la cuestión se divide en cuatro partes:

I. «Influencia de ciertas ideas e instituciones constitucionales; en concreto»:

A) *El federalismo*. El profesor de Friburgo, T. FLEINER-GERSTER, argumenta que el federalismo de los EE. UU. es un acierto único. Su original carácter radica en la habilidad de los constituyentes para combinar conceptos teóricos de democracia con ideas pragmáticas tendentes a permitir la diversidad y evitar la uniformidad (lo que fue realizado, en parte, admitiendo la tesis de la soberanía dual). Aunque en el siglo XIX su influencia fue escasa (sólo sobre las Constituciones suiza y alemana) debido a la preferencia de la idea revolucionaria francesa de la radical uniformidad y centralidad territorial, en el presente siglo ha sido paradigma de organizaciones internacionales y de Estados que se han descentralizado territorialmente. FLEINER-GERSTER vaticina una creciente importancia de la fuerza irradiadora del modelo federal de EE. UU. porque, a la vez que permite la centralización institucional (imprescindible en el actual Estado social), posibilita la autonomía de entes territoriales distintos del Estado, promoviendo la diversidad, que es signo de democratización del ejercicio del poder. Todo ello, además, sin proporcionar el lastre de un concepto ideológico del Estado, sino pragmático, más adecuado a la realidad contemporánea estatal. Por otra parte, aunque muchos Estados federales no siguen exactamente el modelo norteamericano, sí que han adoptado algunas instituciones importantes del mismo, como, por ejemplo, la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados federados o los canales de participación de los Estados en los procesos de toma de decisión.

B) *La jurisdicción constitucional*. El profesor L. FAVOREU inicia su exposición recordando cómo EE. UU. exportó a Europa el concepto de una Constitución escrita y suprema sobre el resto de normas, de una lista de derechos fundamentales, del sistema presidencialista de separación de poderes y de una particular jurisdicción constitucional. Sin embargo, por lo que se refiere a esta última institución, el modelo norteamericano se distingue esencialmente del europeo en los diversos modos que tiene de organizarse. Aquí es ejercida por un Tribunal único y especializado, que examina la ley en abstracto y cuya decisión despliega efectos *erga omnes*. En EE. UU. se lleva a cabo por el entero entramado judicial, que

enjuicia la ley siempre en el contexto de un caso específico. Ambos modelos coinciden en:

- a) Proteger los derechos fundamentales frente a las agresiones que pudieran causarles la autoridad gubernamental, particularmente el legislador.
- b) Mantener un balance entre los entes territoriales que integran el Estado territorialmente compuesto.
- c) Garantizar la separación de poderes.
- d) Decidir, con la máxima autoridad, en las disputas electorales.

A pesar de los intentos, sobre todo en Francia, Alemania e Italia, cuatro motivos identifica FAVOREAU que explican por qué no se implantó el modelo norteamericano de jurisdicción constitucional en la Europa de entreguerras:

- 1. El dogma de la soberanía de la ley como expresión de la voluntad general.
- 2. La «impotencia» y «timidez» tradicionales del juez continental para verificar la jurisdicción constitucional.
- 3. El sistema judicial unificado de los EE. UU.
- 4. Hasta después de la Segunda Guerra Mundial no existían en Europa constituciones supralegales.

En la actualidad, los países escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca), Grecia y Suiza han adoptado (con matices propios) el sistema norteamericano; otros, el modelo europeo de inspiración kelseniana: Austria, República Federal Alemana, Italia, Francia, Chipre, Turquía, Yugoslavia, Portugal, España, Bélgica y Polonia.

En definitiva, se pregunta el profesor de Aix-Marseille por el significado de las diferencias entre los dos modelos. Desde un punto de vista teórico, suponen distintas concepciones de la separación de poderes. Sin embargo, concluye, sus semejanzas son mucho más significativas que sus divergencias.

C) *La libertad de prensa.* En este artículo, el consejero de Estado francés R. ERRERA analiza la libertad de prensa (en general, de los medios escritos) en dos países: EE. UU. y Francia —con algunas referencias a Gran Bretaña y al Convenio de Roma de Derechos Fundamentales de 1950—. Su tesis central es que existen tres importantes diferencias de actitudes legales y sociales entre EE. UU. y Europa en su visión de la libertad de expresión:

- 1. Existencia en EE. UU. de un sistema de libertad de expresión (construido sobre la Primera Enmienda), que contrasta con la dispersión normativa de la expresión en los países europeos. A pesar del artículo 10 del Convenio de Roma y de las jurisdicciones constitucionales (vías de unificación del sistema), en Europa la prensa, los mítines públicos, las marchas, las asociaciones y otras formas de expresión son objeto de diferentes regulaciones.
- 2. La más fuerte resistencia del sistema jurídico norteamericano para admitir restricciones previas en cualquier forma al derecho de expresión.
- 3. Los límites de la libertad de expresión de extremas formas del discurso político («los límites de la tolerancia») son mucho menos estrictos en EE. UU. que en Europa.

D) *La igualdad en EE. UU. y en India* (SOLI J. SORABJEE).

E) *Derechos de propiedad y libertad de la actividad económica.* El profesor de Manchester A. OGUS concluye su análisis afirmando:

a) Es el concepto de un catálogo de derechos, más que sus contenidos, y la potestad judicial de protegerlos a través de la jurisdicción constitucional lo que ha servido de modelo a otros países.

b) La protección del derecho de propiedad, como la otorgada por la Quinta y la Decimocuarta Enmiendas, es un rasgo distintivo de todos los sistemas legales, pero las previsiones constitucionales de EE. UU. no han sido, obviamente, una fuente de inspiración. Las raíces de la protección constitucional se encuentran más profundas que las ideas racionalistas e individualistas de los padres fundadores: están asociadas con muchos otros requerimientos fundamentales del orden social. Las definiciones de los derechos de propiedad y de la libertad de la actividad económica no son uniformes y estables, sino que dependen de ideologías políticas y económicas.

F) *El «status» y los derechos de los no-nacionales.* Aunque originariamente también los extranjeros eran titulares de la lista de derechos de la Constitución de EE. UU., reconoce GOODWIN-GILL que actualmente la noción de ser miembro de una comunidad política determinada se ha endurecido (manifestación evidente: el rígido control de emigración). Ello ha originado que, aunque ciertos derechos constitucionales se sigan reconociendo a los extranjeros, se haya acentuado la diferencia en la percepción y trato de los no-nacionales respecto a los nacionales.

G) *Estados de emergencia en EE. UU. y Latinoamérica.* En síntesis, según el profesor de Washington C. GROSSMAN, la regulación de los estados de emergencia en EE. UU. y Latinoamérica coinciden en la aspiración de principio sobre la preservación de las libertades civiles frente a la dictadura y el abuso de los poderes de emergencia. Sin embargo, las divergencias, como prueba la historia, son mucho más profundas: durante los estados de emergencia en EE. UU. existe una tensión subyacente entre el Congreso y el presidente (que impide el abuso de los poderes de excepción), mientras que en Latinoamérica la forma de gobierno cambia casi radicalmente, el protagonismo de la situación lo asume en exclusiva el presidente, por lo que han sido muy frecuentes las graves privaciones de derechos fundamentales abusando de los poderes de emergencia.

II. La segunda parte del libro se ocupa en estudiar la influencia de la Constitución de EE. UU. sobre determinados países en particular: Alemania (H. STEINBERGER), Japón y Corea (L. W. BEER), Filipinas (A. CAESAR ESPIRITU), Polonia (W. OSIATYNSKI), Africa negra (F. MODERNE) y Sudáfrica (J. DUGARD).

III. En la tercera sección, el profesor L. HENKIN reflexiona sobre la decisiva relevancia que la Constitución de EE. UU. ha tenido sobre el Derecho internacional de los derechos humanos.

IV. Por último, A. RAPACZYNSKI ofrece un ensayo bibliográfico sobre la cuestión central del Congreso científico: la Constitución de EE. UU. como paradigma de otras constituciones.—*Fernando Rey Martínez.*