

NOTICIAS DE LIBROS

ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: *El secreto profesional de los informadores*. Col. Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid, 1990, 158 páginas.

Es éste un libro que afronta con una precisión conceptual y un rigor jurídico poco comunes el conjunto de problemas que rodean la configuración dogmática del derecho fundamental del secreto profesional de los informadores [artículo 20.1.d) CE]. El objeto de análisis es doble: la fijación de su contenido esencial y la delimitación de las diversas posibilidades que la textura abierta de nuestra Constitución permite a la libertad de configuración del legislador (adelantar que FERNÁNDEZ-MIRANDA es partidario de la regulación del Derecho).

Comienza el autor intentando plantear correctamente la cuestión, para lo cual necesita deshacer previamente algunas confusiones conceptuales muy comunes. La más importante deriva de las dudas acerca de la caracterización del secreto profesional en general como derecho, deber (o como derecho-deber). Pues bien: partiendo de tres premisas (no hay que confundir derecho positivo y dogmática, el secreto profesional de los periodistas puede construirse teóricamente con todas las combinaciones posibles, y no hay interdependencia necesaria entre el deber y el derecho), concluye su argumentación afirmando que el deber de secreto y el derecho al secreto son situaciones jurídicas independientes (aunque potencialmente concurrentes), pues protegen bienes jurídicos distintos. El artículo 20.1.d) CE constitucionaliza el derecho, pero nada impide al legislador introducir el deber del secreto profesional del periodista —que no existe actualmente—; si lo introdujera, empero, no se podría asimilar a la categoría clásica del secreto profesional, pues ni coincide el concepto de profesional (el periodista no posee investidura pública) ni el bien jurídico protegido es idéntico (el secreto profesional del periodista no garantiza el derecho a la intimidad ni defiende institucionalmente una profesión de interés social que descansa sobre el vínculo de confianza). Por consiguiente, la pregunta sigue abierta: ¿cómo se podría configurar legislativamente el secreto profesional del periodista como deber de secreto? La justificación del secreto es el derecho a la información, cuyo titular es la sociedad. A través del deber de secreto (como también por la vía del dere-

cho al secreto), se trata de garantizar un flujo informativo del público al público. Este es también titular del derecho a informar. Y, por tanto, el secreto profesional del periodista sería la garantía jurídica efectiva para la fuente confidencial de que va a permanecer en el anonimato. No protege al periodista, sino a su fuente de información confidencial. Ahora bien: en opinión de FERNÁNDEZ-MIRANDA, la configuración del secreto profesional del informador como deber (al modelo sueco) presenta graves inconvenientes, pues puede producir efectos perversos, inducir a manipulación, etc., por lo que aboga por que sea el periodista quien pondere, desde su exclusiva responsabilidad, cuándo deba o no ocultar su fuente de información.

La Constitución de 1978 es la primera, tanto en nuestra historia constitucional como en Derecho extranjero, que reconoce el secreto profesional de los informadores como derecho fundamental. Su remisión a la ley no aplaza su eficacia vinculante; de la Constitución se desprende un contenido esencial. Sin embargo, tras doce años de vigencia constitucional, tal ley aún no ha sido dictada. El profesor FERNÁNDEZ-MIRANDA expone los motivos que pueden explicar este fenómeno (no existe un consenso suficiente sobre la cuestión, temor corporativo a una ley que pudiera ser más limitativa que garantizadora del derecho) y la comprensión jurídica del precepto que pudiera apoyarles. Con una lúcida argumentación, y, desde un punto de vista técnico, irreprochable, FERNÁNDEZ-MIRANDA rebate dicha comprensión y concluye que la tesis de la no regulación es una tesis no constitucional y, además, no deseable política y jurídicamente por la inseguridad que conlleva (como lo demuestra, a mayor abundamiento, la práctica procesal española).

Pues bien: centrado así el correcto tratamiento jurídico de la configuración dogmática del derecho del artículo 20.1.d) CE, el autor se plantea las cuestiones de su sujeto, objeto, contenido y límites. Para FERNÁNDEZ-MIRANDA es inconstitucional exigir una «investidura pública» para ejercer la profesión de periodista; luego el problema es determinar quiénes son los profesionales a los que se atribuye la titularidad del derecho (se inclina por el criterio de la remuneración regular, sentado por el Tribunal de Casación francés). El objeto del derecho presenta unos perfiles nítidos: la fuente de la información (no su contenido) y, para ese fin, el soporte material de la noticia que pudiere conducir a la identificación de la fuente, si lo hubiere. Su contenido es la facultad de silenciar las fuentes de información, así como de no entregar el soporte material de la información. Es un derecho personal y ejercitable *erga omnes*. Es absoluto frente a autoridades administrativas y el Parlamento; pero cabe que el legislador le introdujera límites excepcionales en relación a las autoridades judiciales: concretamente, en causas criminales, para delitos de especial gravedad, exigiendo resolución motivada y sólo para el supuesto de que el testimonio del periodista fuera absolutamente imprescindible para el establecimiento procesal de la verdad. Ahora bien: respecto a los posibles límites del derecho, hay que distinguir según que el periodista fuera inculpaado (o demandado) o bien testigo. Pues bien: en buena técnica (nuevamente nos encontramos con la estricta depuración conceptual del profesor FERNÁNDEZ-MIRANDA), el secreto profesional del informador sólo le ampara frente al delito de desobediencia en que puede incurrir en su condición de testigo (no de falso testimonio ni de denegación de auxilio), esto es, en el caso de que se niegue a declarar.

El secreto profesional de los informadores es un derecho subjetivo que encuentra en la garantía de los derechos informativos el bien jurídico a proteger. Es garantía al servicio de una información libre (como ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal alemán). Y, en tal sentido, presupuesto de un Estado democrático.—*Fernando Rey Martínez.*

FERRÁN REQUEJO COLL: *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado del bienestar*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990.

No hay duda de la importancia que, al final de esta década, ha adquirido el fenómeno democrático, ya que vivimos un período en el que, a pesar de las incertidumbres, se producen amplios procesos de lo que denominamos transición democrática, tanto en Estados de dictadura militar como en los Estados del llamado socialismo real. Desde la perspectiva del Derecho constitucional se está produciendo una depuración doctrinal de envergadura acerca del principio democrático y de su juridificación como fundamento de la validez del Derecho, adquiriendo mayor relevancia las posiciones doctrinales de carácter sustancialista. Para acercarse al estudio de las democracias contemporáneas «con el utillaje más comprehensivo, pero también más preciso posible» es fundamental conocer las «disciplinas de frontera» a las que debe recurrir el estudio del Derecho constitucional y, en concreto, de la ciencia política.

El profesor REQUEJO COLL sitúa el estudio de la democracia desde lo que se ha denominado ciencia política analítica, con el fin de «dar cuenta de un fenómeno histórico tan complejo como las democracias, fenómeno en el que se articulan, a veces de forma poco explícita, un conjunto de ideas con una serie de prácticas institucionales y procedimentales».

La primera parte del trabajo está dedicada a la democracia ateniense, tratada desde «un enfoque historiográfico y reconstructivo, al tener acceso al funcionamiento institucional y procedimental de la época solamente a partir de vías indirectas» con un objetivo claramente utilitario: la mejor comprensión para el estudio científico de la teoría y práctica de la democracia como tránsito del «gobierno de los hombres» al «gobierno de las leyes». En esta parte, el autor bucea, utilizando sólidas referencias, en las reformas democratizadoras del siglo VI en Atenas y la democracia ateniense durante las Guerras Médicas y las del Peloponeso.

La segunda parte de la obra está referida a las democracias contemporáneas, es decir, los «sistemas políticos articulados alrededor de la institucionalización y los procesos políticos desarrollados desde el núcleo del liberalismo moderno en alguna de las unidades políticas denominadas Estados-nación». El autor es consciente de lo alejado de las realidades de las ciudades griegas; sin embargo, analizando a Rousseau y a Benjamin Constant como paradigma del primer liberalismo doctrinario, hay en éstos una vinculación teórica acerca del concepto de democracia que ya existía en la Antigüedad: la libertad y la igualdad (a pesar de la antinomia en la articulación de este último valor en la fase de desarrollo del capitalismo, sustentado por el Estado liberal).

Destacamos dentro de este apartado, dedicado a las democracias contemporáneas, la parte dedicada a lo que el autor denomina «democracias liberal-

sociales» como resituación de la democracia liberal en la búsqueda de dimensiones sociales y con una intención teleológica en la consolidación del Estado del bienestar, y que supondrá una organización política que desborda el marco clásico de los Estados liberales tradicionales. El autor analiza el proceso que va desde el inicio de la dimensión social hasta el período de consolidación de la intervención social, así como el proceso de expansión, que desemboca en los Estados de bienestar a través de la puesta en marcha de mecanismos como el pacto político o el «pacto social liberal» (DAHRENDORF), la constitucionalización de los derechos económicos y sociales y la ejecución de políticas económicas de previsión mediante el aumento del gasto público, generalización del «fordismo» y la conformación de un Estado distribuidor (KRAUS).

El profesor REQUEJO COLL analiza con igual exhaustividad la resituación de la intervención económica en el período de crisis internacional en el que vivimos, encontrándonos en una coyuntura que genera un sistema supraestatal de bienestar en los países industrializados occidentales (las Comunidades Europeas es un buen ejemplo), teniendo en cuenta que la ampliación del mercado desde una posición monetarista no ha cuestionado al Estado en su útil función de instrumento de equilibrio, control y contención de los conflictos. En definitiva, se mantienen los paradigmas o los grandes núcleos de la organización liberal, pero teniendo en cuenta el desarrollo del corporativismo, de la decisión de las tecnocracias auxiliares, el desarrollo de la «democracia de los partidos» (GARCÍA PELAYO), los cuales cumplen una función de relevancia constitucional incuestionable y la emergencia de nuevos fenómenos organizativos como son los denominados «movimientos sociales».

Finalmente, es de destacar, por lo novedoso de la cuestión, el apartado dedicado a las transiciones democráticas y, en concreto, a las transiciones en los países del Este europeo. Para el autor, aun siendo consciente de la ausencia «de estudios empíricos pormenorizados», considera que «aparecen ya algunos rasgos fundamentales que hacen que estos procesos de transición no puedan ser homologados a los que parten de sistemas de carácter autoritario», fundamentalmente por tres factores: 1) el cambio de modo de producción; 2) la aparición de los fenómenos nacionales, y 3) la revisión de la política de bloques, concretada en la crisis de las alianzas regionales militares, siendo incuestionable para REQUEJO COLL que, «desde una teoría de la democracia, el desmoronamiento de los Estados socialistas puede entenderse como el final definitivo de las perspectivas teóricas dualistas que todavía contraponían como alternativas deseables otros tipos de 'democracia' a la democracia liberal. A partir de los años noventa, los sistemas liberal-democráticos no se enfrentan más que consigo mismos».—*Alfredo Allué Buiza*.

ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Ed. Civitas, Madrid, 1990, 400 páginas.

Al lector de este libro le surgirá, seguro, la pregunta del porqué del título. No es ya que su contenido no se concrete a la «incidencia» de la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil o que la perspectiva acogida para su estudio no sea la de la cuestión vista desde los procesos *a quo* en causas civiles.

Es que este libro abarca mucho más. El tema central es la cuestión de inconstitucionalidad, pero en su desarrollo se analizan problemas que no son privativos de la misma, sino comunes a todos los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, como es el caso del análisis de las sentencias resolutorias de la cuestión de inconstitucionalidad (pp. 303-346) o, más claramente, el capítulo dedicado a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del acto normativo con fuerza de ley (pp. 347-388). No obstante, si bien el título «encubría», por así decir, un tratamiento más omnicompreensivo de la cuestión de inconstitucionalidad, sí ponía de manifiesto el enfoque procesalista del tema. La ventaja de esta base de análisis es que permite sacar a la luz problemas que han sido poco o nada tratados por los constitucionalistas estudiosos de los procesos constitucionales. Asimismo se sustentan con argumentación consistente conclusiones que han sido *a priori* descartadas por quienes antes se ocuparon de esta «cuestión».

En concreto: considerar la cuestión de inconstitucionalidad como una cuestión prejudicial «cualquiera» es algo que dista mucho de ser aceptado. Resultan interesantes las razones por las cuales la autora define la cuestión como «cuestión prejudicial devolutiva relativa», aunque plantea dificultades la construcción que distingue y relaciona la capacidad de la cuestión prejudicial de ser objeto de un juicio autónomo con la capacidad de la cuestión de inconstitucionalidad (también de la cuestión prejudicial comunitaria) de ser objeto principal de un proceso. No incluye como cuestión de inconstitucionalidad, en sentido estricto, la llamada «autocuestión» del artículo 55.2 LOTC, alineándola, muy correctamente, con los recursos de depuración abstracta del ordenamiento jurídico y no como cuestión prejudicial, sino como medida de impugnación indirecta por relación al amparo del que trae causa.

Otro problema tratado en particular es el de la cuestión de inconstitucionalidad en el arbitraje, tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad. Este punto, en directa relación con el de los sujetos facultados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ha venido siendo obviado con la consideración de que los árbitros, en tanto que no incluidos en la categoría «órgano judicial», no podían plantear la cuestión. Claro es que la consideración jurisdiccional del arbitraje es la premisa a partir de la cual sugiere la profesora MARÍN PAGEO la inclusión de los árbitros de derecho entre los sujetos facultados para plantear la cuestión. Los problemas que suscita la regulación del arbitraje con los tiempos distintos por los que se rige la cuestión de inconstitucionalidad (indudablemente pensada sólo para procesos ante la jurisdicción ordinaria) son tratados con detenimiento.

Aunque no es éste el espacio más indicado para detenernos en las muchas sugerencias que el libro contiene, señalaremos aún otros puntos que hemos considerado especialmente interesantes: es el caso, por ejemplo, del carácter problemático de la cuestión de inconstitucionalidad eventualmente elevada por el Tribunal Supremo durante la resolución de un recurso en interés de ley o de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de normas procesales; también el del conflicto entre adopción de medidas cautelares y promoción de la cuestión de inconstitucionalidad con base en las normas que les sirven de apoyo.

En buenas cuentas, se trata de una obra de interés por cuanto que se hace un tratamiento general, con gran apoyo en la doctrina y jurisprudencia italianas,

de la cuestión de inconstitucionalidad, aún poco atendida en obras monográficas por quienes se han ocupado de los procesos constitucionales.—M.^a Angeles Ahumada.

PANAYOTIS SOLDATOS: *Le système institutionnel et politique des Communautés Européennes dans un monde en mutation. Théorie et pratique*. Ed. Bruylant, Bruselas, 1989.

La obra del profesor SOLDATOS es, desde la óptica neofuncionalista, una nueva aportación al debate entre soberanía e integración, que es, sin duda, la esencia que define el marco institucional-constitucional de las Comunidades Europeas. Partiendo de sentar las premisas que definen el concepto actual de soberanía estatal como una realidad, sin embargo, sometida a erosiones, segmentaciones y penetraciones, dado la compleja interdependencia internacional, la soberanía sigue siendo la piedra angular para entender la construcción europea. El autor hace un balance de toda la estrategia aportada por el funcionalismo y de su resituación en las corrientes neofuncionalistas, entendidas éstas como una dinámica procedimental que atiende a tres dimensiones: 1) el paso de una etapa de *continuum* integrativo a otra etapa más desarrollada; 2) el paso de una organización internacional de objetivos restringidos a otra de objetivos más ambiciosos, y 3) finalmente, el paso de una etapa de integración económica a otra de integración política. Estas ideas, las cuales parten del apriorismo de considerar al Estado nación como incapaz de abordar de manera unilateral determinadas políticas, son expuestas en el capítulo II de la obra y permiten el poder avanzar una noción de integración que gira en torno a dos elementos: una infraestructura económica común y un reforzamiento del marco institucional y decisional tendentes a provocar un reforzamiento de la socialización de la soberanía comunitaria, tanto utilitaria como afectiva.

Después de una explicación exhaustiva de la génesis de las Comunidades Europeas (cap. II), el profesor SOLDATOS profundiza en los dos elementos referidos. Nos interesa resaltar el segundo —el marco constitucional e institucional como «aparato *sui generis* de los poderes públicos comunitarios»—, que es abordado en el capítulo V. Con gran lucidez descriptiva nos son proporcionados todos los datos a considerar referentes al modo de organización de las estructuras de autoridad de la CEE, haciendo un repaso de las funciones de gobierno, legislativa, de control político y jurisdiccional, centrandó estas funciones en la ampliación comunitaria de instituciones observada en las dos últimas décadas (COREPER, Tribunal de Cuentas, Tribunal de Primera Instancia), así como del prolongamiento paracomunitario en esta coyuntura (institucionalización del Consejo Europeo).

El autor, consciente de que en una obra de tal envergadura no se puede obviar la cuestión medular del «déficit democrático», analiza éste concluyendo que se encuentra más pronunciado a medida de que progresa la integración comunitaria hacia fases más avanzadas: mercado común completo y unión económica. Este déficit tiene, entre otras manifestaciones, su ejemplo más paradigmático en la inexistencia de un verdadero Parlamento, que, sin embargo, como gran

antinomía, y gracias al etapismo funcionalista, se ha convertido en una institución crucial en la dinamización del proceso de integración.

En el capítulo VI se hace un repaso al concepto, ya clásico, de supranacionalidad, relacionándolo con el más clásico concepto de pacto federal. El orden supranacional ha pasado por etapas («dimensiones») de decadencia («silla vacía», «comitología», recurso desmesurado al artículo 235 TCEE, composición de la Comisión, cumbres europeas...) como de ampliación (concertación, elección directa del Parlamento Europeo, reformas de los artículos 149 y 145 TCEE por el Acta Unica, acuerdo de disciplina presupuestaria de 1988...). El autor se pregunta, finalmente, si la supranacionalidad es una forma de federalismo inacabado (o igualmente deficitario) manifestado en los siguientes contornos: irreversibilidad de la construcción comunitaria, la tesis de los poderes implícitos, la primacía del orden jurídico comunitario, la interpretación teleológica del derecho comunitario, etc.

En suma, para el profesor SOLDATOS, si es cierto que las Comunidades reflejan la lógica federalista de la unidad y de la diversidad, no es menos cierto que su déficit es obvio, por lo que las Comunidades conforman, en palabras de G. HERAUD, un sistema político supranacional de un federalismo funcional igualmente descentralizado, todavía inacabado, de lenta evolución, donde los rasgos federalistas son a veces formales y otras reales.

En definitiva, esta obra es de esencial consulta para cualquier estudioso del Derecho comunitario general, y más aún en un momento como el actual, donde está en curso un ambicioso proceso de reforma de políticas y de estructuras comunitarias que van a permitir ampliar aún más esa supranacionalidad inicial.—
Alfredo Allué Buiza.

ERNESTO PEDRAZ PENALVA: *Constitución, jurisdicción y proceso.* Akal, 1990, 397 páginas.

Se trata de una recopilación de diez trabajos del autor («De la jurisdicción en la teoría de división de poderes de Montesquieu», «De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano», «Sobre el significado y vigencia del Jurado», «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España nacionalista», «Sobre el poder judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», «Notas sobre publicidad y proceso», «Sobre la crisis de la justicia», «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad» y «Algunas reflexiones sobre policía y Administración de Justicia») cuyo denominador común fundamental es el cabal tratamiento doctrinal del Derecho procesal desde coordenadas constitucionales, de modo que se contemple a la luz del Estado de Derecho y sus presupuestos constitutivos. En último extremo, el catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Valladolid pretende la configuración de la jurisdicción como garantía —y aún más, como instancia realizadora— de los derechos fundamentales («la elección del investigador expresa una determinada creencia en torno a la misión del Derecho, que ha de radicar, en mi criterio, no de manera utópica, en una pretendidamente aséptica resolución de conflictos sociales en orden al logro

de la paz, sino en ir de modo progresivo incrementando la verdad de nuestra Constitución») y de los perfiles del «nuevo juez» que esté a la altura de tal misión (parece resonar en la concepción de PEDRAZ el eco del *Juez-Hércules* de DWORKIN). Pero todavía pueden identificarse al menos otros tres puntos de conexión entre los estudios: el rigor analítico poco común, la importancia basililar de las materias afrontadas y el nítido influjo de la literatura alemana.

Punto nodal de su exposición constituye el estudio de la «formación de la jurisdicción», pues desde ahí enjuicia el significado y alcance de la jurisdicción vigente (el de jurisdicción es un concepto histórico). Dos afirmaciones de partida se imponen: 1) no hay jurisdicción sin Estado, y 2) no en todo Estado puede hablarse de jurisdicción, pues ésta posee un origen y sentido liberal. Es necesario considerar los dos aspectos determinantes del concepto jurisdicción: el establecido constitucionalmente («potestad», que no «poder», ya que, de acuerdo con MONTESQUIEU, no representa a ningún grupo social y es políticamente neutra, esto es, no actúa, sino que conoce; PEDRAZ distingue netamente entre «poder» y «potestad» en su trabajo: «De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano») y el normativo procesal, a través del cual se realiza la función jurisdiccional. Por tanto, la jurisdicción es, según nuestro autor, «aquella potestad estatal ejercida exclusiva y excluyentemente por Tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción irrevocable de los intereses jurídicos socialmente relevantes». Pues bien: la potestad jurisdiccional emerge como instrumento esencial para el tránsito del Antiguo Régimen al liberalismo por dos vías: 1) la constitucionalización liberal de la sociedad (máxime en un Estado, como España, donde se retrasó la codificación civil), y 2) paralelamente, la configuración y asentamiento del nuevo poder estatal. Una vez liberalizada la sociedad (en torno a los años setenta del siglo XIX), la instrumentalización de la justicia se presenta como innecesaria en gran medida, pudiendo proclamarse la neutralidad de la potestad jurisdiccional. Constitucionalización del Estado y consolidación orgánica de la justicia son fenómenos mutuamente implicados. PEDRAZ PENALVA se pregunta en qué medida está vigente el concepto liberal de jurisdicción en el actual Estado social, concluyendo que tampoco puede ser configurada como «poder», sino como potestad constitucionalmente establecida e independiente para ser garantía efectiva y última de los derechos fundamentales. Una reseña como la presente no puede ni siquiera sintetizar la riqueza, profundidad y amplitud de los argumentos empleado en los trabajos dedicados más específicamente a la jurisdicción sin traicionarlos y simplificarlos (sobre todo, «Sobre el poder judicial y la LOPJ», pero también «De la jurisdicción (...) en Montesquieu», «De la jurisdicción como competencia (...) a órgano» y «La Administración de Justicia durante la guerra civil...», que concreta en un período histórico la teoría general).

En relación a la institución de Jurado, PEDRAZ se pronuncia en contra de la fórmula del Jurado clásico, puro (de inspiración francesa, no el anglosajón, evidentemente), pues su función, hoy ya periclitada, fue contribuir, en el tránsito del Estado liberal al régimen liberal, a la liberalización de la sociedad (como instrumento frente al poder arbitrario del rey y como vehículo de la clase burguesa para su consolidación social), completando el ciclo de control burgués de creación de la ley general con el de su aplicación al caso concreto. En conse-

cuencia, PEDRAZ apuesta por esa fórmula evolucionada del Jurado en que consiste el escabinado.

Enorme interés presenta también su estudio sobre la publicidad y el proceso, trayendo al ámbito procesal el pensamiento de J. HABERMAS. En el Estado social, la publicidad ha perdido su originario sentido liberal (que consistía en la generalización formal de los contenidos burgueses constitutivos de su «privacidad» —entendida como ámbito natural e individual de realización humana en contraposición a la acción estatal y existente al margen de la misma— para su observancia por toda la comunidad: ley), convirtiéndose en mera propaganda, en control desde el «espectáculo judicial». Sólo dos figuras se salvan de esta conversión (y, consecuentemente, posibilitan tanto la garantía para el justiciable de la independencia de la justicia como el control de la «verdad» de la ley por la sociedad actuante): la motivación de las resoluciones y la acción popular, fundamentalmente en su posible uso en defensa de los intereses legítimos colectivos.

Aunque los trabajos del autor sobre la «crisis de la justicia» y «la policía y la Administración de Justicia» (en su doble vertiente de policía como actividad administrativa necesitada de control jurisdiccional y de policía como actividad de precisa utilización por la justicia) son muy sugerentes, finalizaré esta reseña enfocando su análisis del principio de proporcionalidad. En efecto, el tratamiento realizado destaca con luz propia por su rigor y por la importancia de su objeto. Históricamente, el principio de proporcionalidad, como exigencia de la pena, fue uno de los imperativos de la Ilustración; más tarde se aplicó en el Derecho administrativo de policía, y hoy es regla general de toda actuación administrativa como medio de interdicción de la arbitrariedad. Pero su expansiva virtualidad (fomentada y advertida, sobre todo, por la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales como el alemán) le ha convertido en la actualidad en uno de los imperativos consustanciales al Estado de Derecho, en lo que connota de ejercicio moderado del poder político. Determinante de su evolución expansiva ha sido, observa PEDRAZ, el cambio que se opera en los países de nuestro entorno tras la Segunda Guerra Mundial (si bien los antecedentes son previos): el reforzamiento de los derechos fundamentales, pero con una desvirtuación de la igualdad en el denominado Estado social (que se ve reducida a mera prohibición de la arbitrariedad) «y la subsiguiente necesidad de conseguir, frente a la tendencia a estabular a los ciudadanos, el objetivo constitucional por antonomasia: posibilitar y potenciar la autonomía individual». Y, por consiguiente, frente a los peligros del principio de proporcionalidad invocados en sede doctrinal (especialmente, su ambigüedad y dificultad conceptualizadora, la posible inseguridad jurídica dimanante de su reconocimiento y aplicación con el consiguiente riesgo de arbitrariedad judicial, la inconveniencia de trasladar esta categoría del Derecho administrativo al constitucional, el peligro de uniformidad y nivelación valorativa de los derechos, etc.), PEDRAZ aduce que la proporcionalidad tiene su primordial campo de juego en el ámbito de los derechos fundamentales, en cuanto criterio valorativo constitucional, determinante máximo de las restricciones imponibles a la esfera básica de los ciudadanos por el Estado en la realización de sus fines. Por ello es una exigencia del Estado de Derecho en cuanto criterio de «lo razonable» en la actividad pública, que impone la protección del individuo contra intervenciones estatales innecesarias o excesivas que graven al ciudadano más de lo que es indispensable para la pro-

tección de los intereses públicos. Si esto es así, no hay riesgo de arbitrariedad judicial, pues el juez está sometido a la Constitución y a la ley y sólo desde esta vinculación tiene sentido su independencia y la atribución de la potestad que le es propia. El profesor PEDRAZ aplica la teoría general de la proporcionalidad así básicamente enfocada a dos ámbitos: al proceso y al debate principio de legalidad-principio de oportunidad, enraizado en el tema de si ante una ley preferentemente formal habría o no que perseguir la justicia material.—*Fernando Rey Martínez.*

XAVIER PHILIPPE: *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Ed. Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, 541 páginas.

Nos ofrece X. PHILIPPE su tesis doctoral, de la que cabe destacar, *ab initio*, el interés del tema elegido, la complejidad de su tratamiento (sobre todo, en las manifestaciones que presenta, más que en su comprensión dogmática) y el orden cartesiano de la exposición. El esquema general de la obra responde a los siguientes epígrafes: definición de la proporcionalidad, las fuentes, ámbitos, campo de aplicación y funciones del control de proporcionalidad.

Punto de partida obligado es la definición de la proporcionalidad y el correspondiente acotamiento material de la tesis. El autor parte de un concepto general de proporcionalidad, válido para todas las ciencias sociales (especialmente, el Derecho, la Economía y la Filosofía) y la matemática, que se compone de dos elementos estructurales: uno fijo, constituido por la relación entre dos o más parámetros (la proporcionalidad es ante todo un carácter, pues se corresponde a lo que es proporcional, es decir, a lo que presenta un vínculo de proporción —entendiendo por ésta, con DELPEREE, «una relación de conveniencia, de lógica o de medida entre las partes de un todo»—), y otro elemento variable, representado por el grado del vínculo que les une. PHILIPPE se va a ocupar, ante todo, del control y no del principio de proporcionalidad, esto es, no sólo de la regla o criterio global de la regularidad de la actividad jurídica, sino fundamentalmente de aquellas hipótesis donde la proporcionalidad constituye un medio de la actividad del juez. El estudio se ceñirá, por último, al juez de Derecho público, contencioso-administrativo y constitucional.

En relación a las fuentes del control, distingue las doctrinales de las normativas. Dentro de las primeras incluye: el tratamiento del principio en otras ciencias sociales, en ordenamientos extranjeros (en la tradición anglosajona, en países que han institucionalizado el principio, como Suiza y Alemania; en países que sólo de modo esporádico se refieren a él, como Italia y España —aquí es, a juicio del autor, un principio general del Derecho en evolución expansiva, que obliga a utilizar los medios adecuados en relación al fin perseguido—, y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte de Justicia de la Comunidad Europea), y, por último, en la literatura francesa (LATOURNERIE, BRAIBANT, COSTA, KHAN, EISENMANN, DUBOIS, BOCKEL, GUIBAL, BIENVENU, LEMASURIER, LAUBADÈRE, etc.). Tras el exhaustivo análisis de las fuentes normativas, concluye que no existe, en Derecho francés, una consagración positiva explícita del principio de proporcionalidad como principio general del Derecho, pero se

ha reconocido plenamente existente en este sentido por la jurisprudencia. Últimamente, el Consejo Constitucional, en sus Decisiones de 17 de enero de 1989 y de 28 de julio del mismo año, se ha referido inequívocamente a la proporcionalidad como principio general del Derecho. En cualquier caso, su virtualidad aparece ligada —acogiendo el precedente del Derecho alemán— al ejercicio del poder público discrecional, como un medio para determinar sus límites. De acuerdo a la doctrina de autores como E. FORSTHOFF y W. JELLINEK, el principio de proporcionalidad no sería sino un corolario del principio de legalidad (en sentido amplio, que incluiría también el de constitucionalidad).

Ejemplo suficientemente expresivo de la complitud con que aborda las manifestaciones jurisprudenciales del principio lo constituye el análisis de los capítulos relativos a los ámbitos y el campo de aplicación del control. Distingue el autor entre el campo de aplicación del control de proporcionalidad (en el procedimiento contencioso y en el constitucional —este último, en tres direcciones: libertades fundamentales, función pública y expropiación—) de las técnicas del control, que englobarían, por un lado, los elementos materiales a través de los cuales el juez examina el litigio (que, a su vez, pueden ser instrumentos privilegiados del control, esto es, medios de determinación de los hechos: control de la exactitud material de los hechos, del error manifiesto de apreciación, del equilibrio entre las ventajas e inconvenientes de una decisión, de la necesidad del acto y de la calificación jurídica de los hechos; o instrumentos incidentales del control: medios relativos tanto a la regularidad de la decisión —incompetencia y vicios de forma y procedimiento— como al fondo de la decisión —desviación de poder y error de derecho—), y, por otro lado, el razonamiento intelectual que permite al juez formular la solución (métodos del «haz de indicios», de la «apreciación de motivos» y del «estándar»).

Pero acaso el capítulo de mayor enjundia sea el dedicado a las funciones del control de proporcionalidad. Su marco de análisis es el siguiente: las funciones pueden ser contenciosas y políticas. Las primeras pueden ser primarias o derivadas. Las primarias son tres: lógica (consiste en la obligación para el juez de buscar una relación de coherencia entre el acto jurídico y el fin que se deben confrontar; de aquí se deriva la necesidad de coherencia de la actividad del legislador y de la Administración y de moderación de las relaciones jurídicas), supletoria (el recurso al control de proporcionalidad pretende suplir, subsidiaria y residualmente, las insuficiencias o carencias de la norma) y de homogeneización de la actividad jurisdiccional. Las funciones contenciosas que se derivan indirectamente de la aplicación del control son también tres: unificadora del Derecho público, pedagógica (pues instaura un diálogo entre el juez y tres de sus interlocutores privilegiados: legislación, Administración y doctrina), pero también, ocasionalmente, perturbadora, en la medida en que puede contribuir a diluir los principios jurídicos y que tiende a desnaturalizar el control jurisdiccional. Es éste, precisamente, el ámbito de las funciones políticas, pues la aplicación de este principio puede conducir al espectro del «gobierno de los jueces», esto es, al peligro del poder discrecional del juez. PHILIPPE concluye que el principio de proporcionalidad es necesario, pero peligroso: «Ni avec lui ni sans lui.» El juez controla, a través del principio, el poder discrecional del legislador y de la Administración, pero, a su vez, él mismo se sujeta a control, en la medida en que tal aplicación del principio de proporcionalidad limita

(aunque no totalmente, lo que es imposible, y de ahí el peligro) su propio poder de apreciación.

Para finalizar, me detendré, por su interés, en un aspecto de la denominada por PHILIPPE «función de unificación del Derecho público»: las interacciones entre la jurisdicción constitucional y administrativa en relación al control de proporcionalidad. En esta cuestión rigen dos afirmaciones dominantes: 1) El juez administrativo, incontestablemente, ha inspirado al juez constitucional en la adopción de este control (por ejemplo, en la conciliación de las reglas del mismo valor, en el carácter necesario de una medida o en el recurso al concepto de error manifiesto de apreciación). Causas: anterioridad cronológica de la jurisdicción administrativa e identidad de naturaleza de las cuestiones sujetas a ambas jurisdicciones. 2) El juez constitucional ha reforzado, frente al ordinario administrativo, el estatuto del control de proporcionalidad.—*Fernando Rey Martínez.*

ALFONSO RUIZ MIGUEL: «El aborto: problemas constitucionales», en *Cuadernos y Debates*, núm. 25. CEC, Madrid, 1990, 133 páginas.

Los problemas derivados de la regulación y tratamiento legal de la interrupción voluntaria del embarazo han puesto de manifiesto una vez más la relación de tensión entre Ética y Derecho. (Incluso, entre formas de entender el Derecho y los «derechos», recordemos que precisamente fue en el punto de la regulación del aborto donde quedó hasta el último momento detenido el Acuerdo de Reunificación entre las antiguas dos Alemanias, que quedó saldado con una solución híbrida, fórmula de Derecho transitorio, necesitada de ajustes en el futuro). En nuestro país, la reforma del Código Penal operada por la LO 9/1985, de 5 de julio, que introdujo el artículo 417 bis, despenalizador de algunos supuestos del delito de aborto, desencadenó una polémica cuyos orígenes eran anteriores al nacimiento de la propia ley modificadora, pero que adquirió relevancia constitucional al impugnarse la ley ante el Tribunal Constitucional, que habría de resolver con una de sus más conflictivas sentencias: la 53/85, de 11 de abril. Al tiempo que se resolvía el recurso, la discusión estaba servida y se hacía pública ya desde la propia sentencia, que fue acompañada de varios votos discrepantes.

La mezcla de argumentos de carácter político, religioso, ideológico, jurídico o moral no ha contribuido sino a enmarañar la cuestión, tampoco original de nuestro ordenamiento, que ve reproducidos razonamientos y posiciones que se han mantenido en otros países.

El trabajo del profesor RUIZ MIGUEL tiene, entre otras virtudes, el mérito de analizar *sine ira et cum studio* los distintos criterios que han servido de base para alentar posturas más o menos restrictivas, más o menos liberalizadoras de la práctica del aborto consentido. El grueso de este estudio está, precisamente, en el capítulo II, en el que se afronta la discusión probablemente más difícil, la de la relación entre Derecho y Moral, la de los problemas de ética y política jurídica llevados a un terreno concreto: el caso del aborto. Y aquí se hace eco el autor de las distintas perspectivas que se han apuntado para plantear una solución razonada al problema del aborto: argumentar desde el criterio de la

personalidad del no nacido; utilizar el criterio de la potencialidad (aborto y anticoncepción); llevarlo al ámbito del conflicto de derechos o intereses; la atención a los argumentos de política jurídica... En todos los casos, el comentario va acompañado de referencias de distintos autores, que en algunos casos condimentan sus razonamientos con relaciones de analogía tan ilustrativas como extravagantes.

En cualquier caso, el estudio se centra en el supuesto español. Tras el análisis del sentido de la reforma de 1985, su alcance y su instrumentación práctica en el plano aplicativo (cap. I), se detiene el autor en el comentario e interpretación de la STC 53/85. Ahí, sin duda, se encuentra el centro de la discusión en el plano jurídico-positivo: los problemas *de lege ferenda* en cuanto a la posibilidad de aceptación del sistema del plazo en nuestro ordenamiento o la introducción, en otro caso, de la indicación social (cap. III). Cierra este último capítulo el apartado dedicado a la objeción de conciencia al aborto por parte del personal sanitario. Muy interesante; en general, menos atendida que el resto de las cuestiones en torno al aborto, de cuya razonable definición depende, en buena medida, la eficacia de las precisiones en cuanto a la regulación de los supuestos de admisión del aborto consentido.—*M.^a Angeles Ahumada.*

LORENZA VIOLINI: *Bundesrat e Camera delle Regioni. Due modelli alternativi a confronto.* Giuffrè, Milán, 1989, 132 páginas.

La doctrina italiana viene ocupándose, desde hace ya algún tiempo, de dos problemas constitucionales principales: la crisis institucional parlamentaria y las relaciones entre el poder central y las regiones. Estos son, precisamente, los dos extremos que constituyen el objeto de la breve obra de la que ahora se da noticia, que puede servir, por tanto, como una referencia más respecto de lo que sucede en nuestro sistema con el Senado, sobre cuya reforma (e incluso supresión) vienen pronunciándose juristas y políticos desde el mismo instante de la promulgación de la Constitución de 1978.

La presente monografía consiste en un análisis del *Bundesrat* alemán y de las soluciones que de la experiencia alemana cabe trasladar al sistema regional italiano. El contenido de la obra consta, en realidad, de un centenar de páginas; el resto, hasta completar el total, es un apéndice que recoge el Reglamento del *Bundesrat*, el Reglamento de la Comisión Común *Bundestag-Bundesrat* y el Reglamento conjunto *Bundestag-Bundesrat* para la Comisión de Mediación, todos ellos en italiano. Además, a lo largo de la exposición se desgrana una abundante bibliografía monográfica, dentro de la cual pueden encontrarse, incluso, los diversos proyectos legislativos sobre la reforma del Parlamento italiano.

La autora comienza recordando el debate previo a la constitución de la Segunda Cámara italiana y la posibilidad de que ésta hubiese sido no el Senado, que actualmente es, sino una «Cámara de las Regiones». Del mismo modo, recuerda los antecedentes del *Bundesrat*, desde el Sacro Imperio hasta el *Reichsrat* de la República de Weimar.

La parte más extensa es la que dedica al análisis de la configuración constitucional y organización del *Bundesrat*: su significación respecto del principio federal, su estructura, el carácter de su representación, sus poderes, la organiza-

ción de sus trabajos y la importante repercusión que tanto su estructura como su organización tienen en la realización de las funciones que la Ley Fundamental encomienda a esta Cámara.

Finalmente, termina estudiando la posibilidad de «regionalizar» la Segunda Cámara del órgano parlamentario italiano de acuerdo con el modelo visto del *Bundesrat*: si esa hipotética Cámara de las Regiones debe ser elegida por los Consejos o por las Juntas regionales, el problema de la duplicidad de cargos (por ejemplo, en el tiempo de dedicación a cada uno de ellos), etc.

La conclusión a la que llega VIOLINI es que trasladar directamente la segunda Cámara de un Estado federal al modelo italiano supondría una «innovación excesiva, no adecuada a las exigencias actuales del país», y que no resolvería, por sí sólo, las dos grandes cuestiones candentes del constitucionalismo italiano actual: el bicameralismo y las relaciones regiones-poder central. Es clara la insuficiencia de la representación de las regiones en el ámbito parlamentario y también la deficiencia de la relación gobierno nacional-gobiernos regionales. Es constatable, asimismo, la «debilidad» de las relaciones estatales que hasta el momento han tenido lugar: en la Conferencia Estado-Regiones, en la Conferencia Permanente para las relaciones entre el Estado, las regiones y las provincias autónomas o en la Comisión bicameral para las cuestiones regionales. El resultado, por unas u otras razones, siempre es el mismo: la ausencia de corresponsabilidad de los ejecutivos locales en la labor legislativa nacional, que es, precisamente, la característica más relevante de la estructura del *Bundesrat* alemán. Este es el elemento —dice VIOLINI— que cabe y debe trasladarse desde el sistema alemán al italiano. Pero se muestra contraria a que ese traslado tras-toque la base del sistema institucional italiano. Quienes se han ocupado de las cuestiones del bicameralismo parecen decantarse por un bicameralismo diferenciado funcionalmente, es decir, porque las dos Cámaras realicen diferentes funciones, pero sin que para ello sea necesario transformar el sistema electoral actual.

La autora concluye con una propuesta formulada en tono de hipótesis: la creación de una especie de Comisión parlamentaria *sui generis*, con competencias muy específicas y con composición peculiar. Siguiendo el ejemplo del *Bundesrat* alemán, debería constar de los presidentes de los ejecutivos regionales y de uno o dos asesores, que cambiarían según la materia objeto de deliberación. También habría de trasladarse del modelo alemán el modo de votación en esta Comisión, es decir, el voto unitario conjunto por delegación y la conformidad del voto con las previas indicaciones de la Junta. La intervención de este «Consejo de las Regiones» tendría lugar en los procesos legislativos cuyo objeto fueran normas que afectasen al ámbito legislativo o administrativo de las regiones.

Este órgano también sería factible si la reforma institucional acabara —algo improbable— en un sistema monocameral: por ejemplo, disponiendo que, si los veta, la Asamblea monocameral reconsidere los proyectos de normas que afectasen a las regiones y estipulando previamente que en ese caso se apruebe la norma por mayoría cualificada. Y en caso de que de la reforma institucional legislativa resultase un sistema bicameral en el que la segunda Cámara tuviese poder de veto suspensivo sobre las leyes (todas o parte) emanadas de la primera, lo más coherente sería que este órgano pudiese forzar, gracias a un po-

der también de veto suspensivo, una nueva deliberación por parte de las dos Cámaras. De este modo, las leyes que afectasen a las regiones, en principio producto de una sola Cámara, con el parecer contrario o el veto de este órgano, devendrían en bicamerales.

De hecho, en la actual fase de transición de las instituciones parlamentarias italianas, el Reglamento del Senado establece una Comisión bicameral para las cuestiones regionales y requiere su parecer para las leyes que interfieran el ejercicio de los poderes regionales. Bien este mismo *status* de «Comisión-filtro», o bien el de un órgano intermedio entre Cámara Baja y Senado, de modo que su parecer positivo sobre una ley emanada de una de las dos Asambleas suponga una segunda aprobación con procedimientos simples, son las formas que VIOLINI propugna para este órgano.

En fin, la razón última de la hipótesis expuesta o de otras similares es simple: constatada la necesidad de una relación institucional estable Parlamento-regiones, antes de crear un nuevo órgano constitucional, parece preferible facilitar en la fase de decisión de los procedimientos de producción normativa la intervención de los intereses regionales.—*César Aguado Renedo.*