

NOTICIAS DE LIBROS

AA. VV.: *Ciudadanos y reforma administrativa* (Jornadas celebradas los días 27 y 28 de junio de 1994), Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo-Oficina del Defensor del Pueblo, Madrid, 1995, 325 págs.

El presente libro recoge las actas de las III Jornadas que, coordinadas por la Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de la Universidad Carlos III, versaron sobre el tema de ciudadanos y reforma administrativa, examinando en especial la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante). Las Jornadas se estructuran en torno a cinco ponencias y a los posteriores debates que suscitan.

La primera ponencia, que versa sobre la *experiencia del Defensor del Pueblo sobre el funcionamiento de la Administración desde la perspectiva de la Ley 30/1992*, corre a cargo de Margarita Retuerto Buades, a la sazón Defensora del Pueblo en funciones, aunque, como ella misma indica, debe imputarse al colectivo de las personas que trabajan en la Institución del Defensor del Pueblo. La ponencia examina, entre otras cuestiones, los retos que el modelo intervencionista de Estado impone a las Administraciones públicas, el catálogo de derechos que el artículo 35 LPC reconoce a los ciudadanos (en especial, la restrictiva lectura que del derecho constitucionalmente reconocido de acceso a los archivos y registros administrativos —artículo 105.b CE— hace el artículo 37 LPC) y las quejas más numerosas que, en la materia, se presentan en la Oficina del Defensor del Pueblo.

En la segunda ponencia, Gaspar Ariño Ortiz examina la *transparencia y participación en la Administración pública española*. El autor empieza su intervención haciendo notar cómo el modelo liberal de separación de poderes se encuentra en la actualidad desnaturalizado en favor del Gobierno y de la Administración, habiéndose apoderado el primero de ciertas funciones legislativas y centrándose la actuación de la segunda en la elección de los medios, donde se centran en la actualidad las decisiones más trascen-

dentales. La solución a esta tendencia, por lo demás generalizada, es potenciar una mayor participación de los ciudadanos en la actuación administrativa. Desde esta perspectiva, el autor examina, en concreto, el nuevo concepto (más amplio) de interesado que la Ley 30/1992 contiene, así como algunos de los derechos de los ciudadanos (derecho de acceso a los archivos y ficheros administrativos, artículo 37 LPC; derechos a identificar a las autoridades y personal responsable y a utilizar las lenguas oficiales en cada territorio, artículo 35.b y d LPC) y novedades contenidas en la misma Ley (como son la ampliación de los actos administrativos que deben ser motivados, la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales o la terminación convencional del procedimiento).

Tras el debate relacionado con las dos primeras ponencias, Alejandro Nieto aborda la tercera, en la que analiza *el tiempo en el procedimiento administrativo*. En la misma pueden distinguirse dos partes. La primera, examina los potenciales peligros que amenazan el procedimiento administrativo (la rapidez —como prisa—, la demora y la inactividad formal y material —esta última, que alude a la no actuación administrativa cuando las circunstancias lo exigen objetivamente, no ha sido tenida en cuenta por el legislador—) y los efectos de la inactividad del interesado y de la propia Administración en el procedimiento administrativo. La segunda parte examina el problema del silencio administrativo en la Ley 30/1992. En la misma, el autor distingue entre la resolución puntual de la Administración (la dictada en el plazo establecido para ello), la tardía (que sería la dictada fuera de plazo, pero antes de que se haya emitido la certificación) y la extemporánea (que, dictada con posterioridad a la certificación, presenta dificultades hermenéuticas insuperables), y propone, junto a las clásicas categorías de silencio positivo y negativo, la admisibilidad del irrelevante, que se produce «cuando se refiere a una solicitud cuyo contenido no puede ser concedido por falta de competencia del órgano al que se dirige» (pág. 152). El autor examina, también, la certificación de los actos presuntos (que, pese a su nombre, constituye un acto expreso) y reitera que los problemas más graves, que pueden provenir de la inactividad material de la Administración, no han sido tomados en consideración en la Ley 30/1992. El debate que sigue a la ponencia del profesor Alejandro Nieto es especialmente vivo y se refiere a muchas de las cuestiones tratadas en la misma (especialmente en relación con las certificaciones, la inactividad material de la Administración y el silencio administrativo).

Eduardo García de Enterría, cuarto ponente de las Jornadas, analiza *el Derecho sancionador y la responsabilidad de la Administración en la Ley 30/1992*, desdicha para el Derecho administrativo español a juicio del autor.

Si bien el artículo 25 CE constitucionaliza el poder represivo de la Administración, le rodea, también, de las garantías y principios típicamente penales (principios de legalidad, tipicidad, etc.). Aunque es deseable que se regule, en una norma de carácter general, el sistema general del poder sancionador de la Administración, ello no se ha conseguido con el título IX de la Ley 30/1992, que incluye, por el contrario, criticables deslegalizaciones en la materia (como la contenida, por ejemplo, en el artículo 129 LPC). Más criticable es, si cabe, el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado mediante Real Decreto de 4 de agosto de 1993) por su

vocación de subsidiariedad, que faculta la aprobación de una infinidad de procedimientos posibles en las Administraciones central, autonómicas y locales (más aún si se piensa que tal reglamento desarrolla la Ley sobre procedimiento administrativo común); por vulnerar la Ley que se acaba de citar, porque con el Reglamento el Gobierno desconoce que el legislador ha delegado en él (y solamente en él) la materia y no le está permitido subdelegarla a otros órganos; por infringir la Constitución (que impone, de un lado, la reserva de ley en lo relativo a la regulación material de las sanciones, y de otro, la existencia de un procedimiento común que ofrezca iguales garantías a todos los ciudadanos), y por permitir, en su artículo 2.2, a las entidades locales tipificar infracciones sancionables e incluir una infracción genérica, ya que con esto último se desconoce la reserva de ley y el principio de tipicidad (de hecho, la idea de una infracción genérica no puede ser abordada ni a través de la ley).

En relación con la responsabilidad de la Administración, Eduardo García de Enterría examina, tras realizar un resumen de los precedentes legislativos en la materia, el título X de la Ley 30/1992, a la luz del artículo 106.2 CE. La Ley 30/1992 aporta dos novedades en la materia: contempla, de un lado, la responsabilidad por actos legislativos y unifica, al menos en el régimen material, los principios que los jueces deberán aplicar en la materia. Aunque es igualmente loable el intento de unificar la jurisdicción competente en la materia, no es fácil que se dé en la práctica. En el interesante debate que sigue a la ponencia del profesor García de Enterría se abordan algunas de las cuestiones tratadas en la ponencia, así como otras que se suscitan a su amparo (como son las de la entrada en vigor de la Ley o la naturaleza instrumental de la Administración en el Estado liberal).

A continuación, Miguel Sánchez Morón examina, en la quinta y última ponencia, *el régimen de los actos y los recursos administrativos en la Ley 30/1992*.

Aunque el resultado de la reforma administrativa (la Ley 30/1992) ha sido en buena parte fallido (quizá explicable por la prisa con que se ha elaborado y un excesivo personalismo en su elaboración), es posible apreciar algunas acertadas novedades en la misma en relación con el régimen de los actos administrativos. Tales avances son el aumento de los supuestos en los que es preciso motivar los actos administrativos (especialmente importante en relación con los actos discrecionales), el carácter más garantista del régimen de notificación y publicación de los actos administrativos, el retoque de la regulación de la nulidad y anulabilidad (que incorpora como causa de nulidad la infracción de derechos fundamentales) o la terminación convencional del procedimiento administrativo (artículo 88 LPC), que favorece una posición más dialogante de la Administración pública y cuenta con los precedentes alemán e italiano. Es por el contrario deficiente el régimen de la revisión de oficio de los actos administrativos, y ello tanto por incurrir en defectos técnicos (como dar carácter no vinculante al dictamen del Consejo de Estado) como por la falta de claridad en torno a la naturaleza y finalidad de la institución (que es confundida, en opinión del autor, con la del sistema de impugnación de los actos administrativos como remedio frente a las ilegalidades).

Miguel Sánchez Morón analiza, finalmente, la regulación de los recursos administrativos en la Ley 30/1992, que es la parte más desafortunada de la Ley. Y lo es no tanto

por la idea de unificar los viejos recursos de reposición yalzada en uno nuevo (el ordinario), sino por la discutible formalización de este último. Hubiera sido deseable, en concreto, haber dotado al recurso ordinario de carácter suspensivo con carácter general y haber suprimido la exigencia de la petición de la certificación en el supuesto del acto presunto. También habría sido acertado preservar el recurso de reposición, aunque se le hubiera dado un carácter potestativo. Mayor interés presenta el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, que prevé la sustitución mediante ley del recurso ordinario en ámbitos y supuestos determinados por procedimientos de impugnación ante comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, con lo que puede, quizá, reducirse el coste y el tiempo de su tramitación. El coloquio que sigue a la ponencia de Miguel Sánchez Morón, que reabre muchos de los asuntos allí tratados, cierra la obra.—*Francisco Javier Matía Portilla.*

GERALD GUNTHER: *Learned Hand. The Man and the Judge*, Ed. Alfred A. Knopf, Nueva York, 1994, 818 págs.

Learned Hand (1872-1961) fue llamado «el décimo *Justice*», como si el honor de este título compensara la realidad de su eternamente pendiente acceso al Tribunal Supremo. Preguntado en una ocasión Cardozo acerca de quién, entre sus colegas del Tribunal Supremo, podía considerarse el gran jurista de su tiempo, el juez replicó sin dudar que «el más grande jurista americano vivo no está en el Tribunal Supremo». En efecto, Hand estuvo a las puertas de la honorable Corte al menos en tres ocasiones y otras tantas vio cómo se cerraban en el último momento. Razones políticas primero y, ya en la última oportunidad, el argumento un tanto cruel de su edad impidieron que se cumpliera el destino que todo había augurado y para el que sin duda estaba preparado. De este modo, la brillante y dilatada carrera judicial de Hand culminó como presidente del Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito, con sede en Nueva York, en el que ejerció su ministerio durante casi cuatro décadas.

Es cierto que cuando se dice que la historia del derecho americano es, en buena medida, una historia escrita por sus jueces, la flecha apunta hacia jueces prominentes que integraron en distintas épocas el Tribunal Supremo. La influencia y autoridad que Learned Hand ejerció entre los juristas de su tiempo y el enorme reconocimiento del que disfrutó en vida matizan y confirman esa afirmación, porque sus sentencias y sus escritos doctrinales merecieron la atención y respeto que normalmente se dispensa a las opiniones de quienes ocupan la más alta magistratura. Durante sus años de servicio en la jurisdicción federal, Hand redactó más de cuatro mil decisiones, algunas de las cuales constituyen aún hoy *landmark decisions* en ámbitos del derecho tan variados como libertad de expresión, propiedad intelectual o legislación antimonopolio. No obstante, si fuera preciso reducir a la esencia su contribución al desarrollo del derecho americano actual, es posible que sean sus reflexiones sobre dos cuestiones que le preocuparon intensamente las que mejor ilustran su particular percepción del derecho y las

que constituyen su legado más reconocido. Ambas cuestiones están directamente relacionadas entre sí.

La definición de los límites y contenido de la función de juzgar, la tarea del juez y su parte de responsabilidad en el gobierno del país fueron objeto de atención permanente para Hand, que se colocó del lado de quienes como Holmes, Frankfurter o, más tarde, Brandeis abogaron por un modelo de juzgar «contenido» (*restrained*), más atento a la imparcialidad, la exactitud del análisis y la solidez del razonamiento en las sentencias que a su impacto en la conquista y defensa de valores públicos. Su concepción de la función del juez, menos grandiosa que la compartida por los «activistas», era perfectamente coherente con su propia filosofía vital, embargada por un profundo escepticismo (según cita que se le atribuye, «el escepticismo es mi credo, pero no quiero hacer de él un dogma»), y, según confiesa, propensa a la duda hasta extremos de angustia. En la época que le correspondió vivir, el realismo jurídico había conseguido erosionar algunos de los mitos más persistentes de la tradición jurídica angloamericana —entre ellos, el de la imagen del juez délfico y del derecho (*common law*) como «brooding omnipresence in the sky»—, pero en nada había contribuido a limitar la libertad de acción de los jueces, que, por el contrario, reconocían con menos pudor que nunca que, efectivamente, llevaban siglos creando derecho. A partir de su propia experiencia, Hand sólo se sentía capaz de depositar una confianza relativa en la habilidad de los jueces para encontrar la solución óptima a los conflictos que ante ellos se presentaran. Precisamente por ello concedía el máximo valor a la idoneidad y exactitud del razonamiento en las sentencias que exigía al juez centrarse menos en el resultado y más en la calidad del proceso de adopción de decisiones. La barrera mejor dispuesta frente a la tentación más frecuente del juez —imponer su personal versión de lo que es más justo o mejor— la proporcionaba, en su opinión, el método jurídico. Fuera por esta desconfianza más o menos radical o por su manera de entender la función del juez en una democracia, el caso es que Hand fue poco entusiasta de las posibilidades del control de constitucionalidad de las leyes.

Consideraba perturbadora, por principio, la interferencia del juez en las decisiones adoptadas por el legislador. En su opinión, el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes no era un poder derivado de la Constitución, sino una condición práctica que, con el tiempo, se había impuesto para garantizar la eficacia de los mandatos constitucionales, como él dijo, el éxito de la empresa. Su posición en este punto (y que está desarrollada en su *The Bill of Rights*) le enfrentó en una polémica doctrinal con Wechsler («Toward Neutral Principles of Constitutional Law»), quien opinaba que el poder de los jueces, también para controlar las leyes, estaba fundado en la letra de la Constitución y no era una mera interpolación. La diferencia entre ambas posiciones acerca de la legitimidad del control se reflejaba inmediatamente en una percepción acerca de cuál debía ser la actitud del juez a la hora de ejercerlo. Según Wechsler, el control de constitucionalidad era un deber ineludible; según Hand, el ejercicio del control debía ser en lo posible evitado. En todo caso, no hay que olvidar que Hand nunca fue juez del Tribunal Supremo, una jurisdicción constitucional por antonomasia, y no podremos saber si desde un escalón más alto hubiera visto las cosas de otro modo. En

una carta dirigida al juez Stone le confiaba que el trabajo más inútil que debía hacer era el de decidir sobre cuestiones constitucionales: «¿A quién demonios le importa lo que diga nadie que no sean los Últimos Cinco de los Augustos Nueve, de los cuales usted es uno?» La intervención de los tribunales en el control de opciones políticas, legislativas, les hacía sospechosos de convertirse en una «tercera cámara, legislativa», y su reflexión era que «personalmente, me resultaría más molesto ser gobernado por una manada de Guardianes Platónicos incluso si supiera cómo se eligen, cosa que desde luego no sé». Durante su magistratura sólo en dos ocasiones votó en favor de declarar la inconstitucionalidad de una ley, y según se cuenta, siempre lamentó no haber conservado una hoja de servicio «impecable» en este asunto.

La creencia de Hand en las virtudes de la «contención», del autocontrol judicial, no eran ni mucho menos producto de una aproximación «originalista» al significado de la Constitución. No admitía que la Constitución fuera un documento que sirviera para «embalsamar los hábitos de 1789», todo lo contrario, la Constitución era antes que nada la Carta de las generaciones vivas. Como antes he indicado, su vindicación del *self-restraint* no procedía de ninguna rigidez doctrinal, sino de su saludable recelo frente a la idea de que los jueces pueden hacerlo mejor que el legislador. Este rechazo al «originalismo» le llevó también a repudiar el «literalismo» como técnica dominante en la interpretación de leyes. En el campo de la interpretación legal es donde Learned Hand fue un pionero, introduciendo planteamientos modernos que desplazaban el método hasta entonces vigente, «literalista», que reducía el alcance de la ley al del estricto significado de sus palabras. Hand se preocupó por encontrar una vía intermedia entre los extremos de la jurisprudencia mecánica (la que él denominaba «escuela del diccionario») y del todavía pujante realismo jurídico (que, otorgando la máxima libertad al juez, introducía en el derecho una intolerable impredecibilidad). Muchas de sus sentencias han quedado como ejemplos magistrales de aplicación del método teleológico en la interpretación legal. En *Giuseppi v. Walling* (1944), Hand advirtió que «no hay mejor manera de confundirse con un documento que la de interpretarlo al pie de la letra». El método de interpretación legal sugerido y practicado por Hand no era en modo alguno simple y no me detendré aquí en intentar siquiera describir su compleja formulación; digamos, todo lo más, que pone a prueba ese extraño don que se supone a los jueces americanos y que llaman «sentido común». En este campo de la interpretación legal es donde puede situarse la otra gran contribución de Hand al derecho americano actual.

Hand fue un juez con una inusual proyección pública, participó activamente en los medios de comunicación y fue un orador de éxito. Apoyó abiertamente las propuestas del partido progresista, liderado por Roosevelt, y llegó a convertirse en un auténtico héroe popular americano después de que su discurso, «El espíritu de la libertad» —un discurso simple, hermoso e intenso, como aquel de Lincoln en Gettysburg, pronunciado en una ceremonia pública atendida por más de millón y medio de personas en el Central Park de Nueva York—, fuera impreso y diera la vuelta al mundo mientras caían las bombas de la segunda guerra mundial. Cuando el discurso se publicó, Hand contaba setenta y dos años, y pese a que se le consideró demasiado «viejo» para ocupar asiento en el Tribunal Supremo, siguió ejerciendo como juez todavía quince años más, en los

que demostró que le sobraba coraje para combatir desde su puesto la siniestra política macartista. Su poderosa presencia física, su porte venerable y sereno y el gesto que caracterizaban unas cejas asombrosamente pobladas hicieron de él imagen viva de la «figura» de un auténtico juez.

Gerald Gunther, el autor de esta colosal biografía, dispuso para componerla de la voluminosísima colección de papeles personales que Hand, un prosista notable, pero sobre todo un enemigo acérrimo del teléfono, ha dejado tras sí. Gunther tuvo además una estrecha relación personal con el biografiado, comenzada cuando recién licenciado, a comienzos de los años cincuenta, pasó a colaborar con él como letrado asistente. Aunque el autor está reconocido como uno de los mejores constitucionalistas actuales —su *Manual de Derecho constitucional* sigue siendo el más utilizado y va ahora por su duodécima edición—, su biografía es exactamente una biografía; no es un análisis profesoral de la obra de Hand con incursiones en su vida privada. Sin duda, el examen de la obra intelectual del juez es una parte muy importante en el libro, pero no menos que el relato de las circunstancias personales (una familia opresiva, un matrimonio disparatado), profesionales y de otro tipo que influyeron en su carácter. En estas páginas se hace mención de los acontecimientos que han marcado la historia americana de la primera mitad de este siglo, y por ellas desfilan algunos de sus principales protagonistas. No sé hasta dónde llega la objetividad en obras de este género: Gunther deja traslucir una sincera admiración por este hombre tendente a la introspección y a la melancolía y por este juez escéptico y vagamente vanidoso que, nos dice en la presentación, sigue siendo su ídolo.—*María Angeles Ahumada Ruiz.*

ROBERT G. MCCLOSKEY: *The American Supreme Court*, 2.^a edición revisada por Sanford Levinson, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1994, 267 págs.

El libro de McCloskey se publicó por primera vez en 1960 y gozó desde el principio de una excelente acogida entre los estudiosos del Tribunal Supremo, que hizo de él casi inmediatamente una obra de referencia obligada en la materia. Escrito desde un planteamiento modesto —ofrecer un relato descriptivo, en clave histórica, del papel desempeñado por el Tribunal Supremo en la construcción del sistema constitucional americano—, la sutileza del análisis, la claridad expositiva a la que tan bien contribuía la pluma elegante del autor y, no menos importante, sus dimensiones razonables lo convirtieron en uno de los textos preferidos para introducir a los estudiantes en el conocimiento de la historia y los debates que han acompañado a esta peculiar institución americana. Su continuada reimpresión a lo largo de treinta años lo confirmó como un clásico, pero no pudo evitar que perdiera uno de sus más importantes valores originales como era el de la cercanía con el Tribunal Supremo «reinante». El prematuro fallecimiento del autor impidió que se acometiera antes su puesta al día. Esa falta de cercanía no se tradujo, sin embargo, en pérdida de actualidad, porque las grandes cuestiones en

torno al Tribunal Supremo son cuestiones viejas y porque si ha habido alguna pauta constante en el comportamiento de esta institución a lo largo de la historia, ésta ha sido la de que a épocas de activismo han seguido invariablemente períodos de calma, de apocamiento e incluso de marcha atrás. Cuando McCloskey se refiere en el epílogo a «las lecciones de la historia», es para concluir que el Tribunal no ha aprendido mucho de ellas. No hay en ello ningún lamento, McCloskey está entre quienes dudan que sea el pasado lo que ilumina el presente. En cualquier caso, y a este convencimiento responde el libro, el Tribunal de hoy sólo puede comprenderse cabalmente conociendo cómo fueron los que le precedieron.

La preparación de esta nueva edición, que revisa la anterior poniéndola al día, ha corrido a cargo de Sanford Levinson, discípulo de McCloskey en Harvard y actualmente profesor de la Universidad de Tejas. La revisión ha consistido en añadir dos nuevos capítulos al final y una «Coda» al texto original, que por lo demás permanece intocado. Cuando McCloskey cerró su libro en 1958, el impulso reformador del Tribunal Warren aún no había alcanzado su cénit; una docena de años más tarde llegaba el Tribunal Burger, y en 1986 iniciaba su andadura el actual Tribunal Rehnquist. La historia de estos treinta años ha confirmado muchas de las tesis de McCloskey, pero también ha restado fuerza a otras. El volumen de escritos en torno al Tribunal, que ya era enorme en la época de McCloskey, es suficiente hoy para llenar bibliotecas.

El trabajo de análisis y discusión centrado en torno al Tribunal Supremo ha dado lugar en los últimos tiempos a nuevas teorías y conclusiones, sobre todo en aquello que respecta a la historia de sus primeros años. Son muchos quienes, por ejemplo, consideran excesivo el relato romántico y épico que McCloskey hace de la persona y las hazañas de John Marshall o los que califican de error el tratamiento que hace de la «cuestión» de la esclavitud al analizarla como un aspecto más de la controversia en torno al federalismo. En cambio, el análisis que hace de la crisis del Tribunal en el período del *New Deal* sigue siendo perfectamente adecuado. Asimismo, aunque el autor no llegó a presenciar los cambios que habría de producir la revolución del Tribunal Warren, fueron inteligentemente intuitivos. Levinson se ocupa de reconstruir la historia del Tribunal en los últimos treinta años y de hacerlo según el «espíritu» de McCloskey. El resultado es bueno.

Levinson incluye al final un «Ensayo bibliográfico» que recoge, ordenados por secciones, los títulos más relevantes entre la ingente bibliografía dedicada al Tribunal Supremo. La selección, en lo que conozco, es excelente. Aunque Levinson lamenta lo que cualquier selección tiene de arbitrario, sobre todo cuando debe hacerse entre una multitud, su criterio puede ser una guía muy valiosa para todo aquel que desee iniciarse (o perseverar) en el estudio del Tribunal Supremo americano. Aquí encontrará mencionadas obras clásicas, pero también las más relevantes entre las recientes.—*María Angeles Ahumada Ruiz.*

VITAL MOREIRA: *O direito de resposta na comunicação social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, 234 págs.

La presente monografía sobre el derecho de *resposta* en la comunicación social aborda, siguiendo el esquema tradicional de los estudios dedicados a los derechos fundamentales, el análisis de este instituto jurídico, el cual está dotado de algunos rasgos de originalidad en el derecho constitucional portugués.

Efectivamente, en primer término porque el *direito de resposta e rectificação* se trata de un derecho fundamental, constitucionalizado en el artículo 37.4 de la norma fundamental portuguesa: «A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos»; lo que no sucede en los ordenamientos jurídicos afines, donde el derecho de *resposta* y/o rectificación es un mero derecho legal.

Y porque, además, el derecho de *resposta* responde perfectamente al modelo de configuración de los derechos fundamentales del país vecino, en donde expresamente se afirma en la norma constitucional que los derechos fundamentales vinculan directamente a las entidades públicas y privadas (artículo 18.1); eficacia directa frente a terceros sin la mediación del legislador, que, por la propia naturaleza de la *resposta* y la rectificación, se patentiza de forma evidente en este derecho.

El estudio del que se da noticia comienza introduciendo los rasgos esenciales del derecho fundamental desde los encuadres histórico, dogmático y del derecho comparado.

Con origen en Francia, en la *Ley de prensa* de 1822 (a la que sigue relativamente pronto la *Ley de prensa* portuguesa de 1837) el derecho de *resposta* ha sufrido un constante mudar, acompañando a la sociedad y a los propios medios informativos que se constituían en el seno de ésta; mudar que le ha hecho incorporarse como garantía ante lo que eran nuevas técnicas de comunicación social (esencialmente, la radio y la televisión) y también ante las vanguardias comunicativas de nuestros días (teletexto, videotexto).

En cuanto a su encuadre comparado, en la actualidad los regímenes de la rectificación se situarían en una línea en la que los extremos serían el amplio sistema francés (donde cualquier referencia personal bastaría para poder actuar el derecho de rectificación) y el sistema alemán (en el que la rectificación sólo puede tener como objeto afirmaciones de hecho, sin que quepan como objeto de la respuesta los juicios de valor o las opiniones), encontrándose el sistema portugués a medio camino de ambos.

Por último, en cuanto a su encuadre dogmático, el derecho de *resposta* actuaría en una doble dimensión: como defensa del derecho a la *identidad personal* (entendida como derecho a la verdad personal, englobando de forma amplia *el honor, el buen nombre, la reputación, la intimidad personal y familiar, una historia personal correcta...*) y como garantía de los derechos de la personalidad. Y también como garantía de la *libertad de expresión y de información*, dimensión que queda afirmada con claridad por la propia posición sistemática, en la Constitución portuguesa, del derecho

de *respuesta* y rectificación; garantía que conlleva, además, un derecho de acceso —condicionado— de los particulares a los medios de comunicación.

Dentro ya del análisis del derecho de *respuesta* en Portugal, el autor expone los problemas que plantea la vigente Ley de prensa lusa, en la que se establecen las condiciones para que se pueda ejercer el derecho de rectificación. Estas condiciones son, por un lado, la existencia de un perjuicio (lo que hace que el sistema del país vecino sea menos amplio que el francés, donde basta la *mención personal*, sin que se haya de producir *perjuicio*) ocasionado, como segunda condición, en *ofensas directas o referencias de hecho inverídicas o erróneas que puedan afectar a la buena fama* (lo que hace al derecho de *respuesta* portugués menos restringido —en principio, como se verá— que el alemán, donde sólo son motivo de ejercicio del derecho *las referencias de hecho*, no las opiniones, etc.).

Y plantea problemas porque la necesidad de existencia de perjuicio, por una parte, no parece acorde con el texto constitucional, ya que puede haber un interés legítimo en la respuesta sin que haya perjuicio. Y, por otro lado, porque las *referencias de hecho o las opiniones* deban ser *erróneas y afectar a la buena fama* introduce dos condiciones para que la información sea susceptible de rectificación que no tienen fundamento constitucional, ya que el derecho a la *verdad personal*, a la *identidad*, no se ve afectado exclusivamente cuando los hechos sean inverídicos o erróneos y se afecte a la buena fama. Por otra parte, estas condiciones, de ser exigibles, convertirían al sistema portugués en más restringido que el propio sistema alemán. De hecho, la adición *rectificación*, que se introdujo en la reforma constitucional de 1982, es entendida por la doctrina como la opción por una *respuesta* ante hechos inverídicos, con independencia de la existencia o no de los demás presupuestos.

La solución para Vital Moreira pasa por considerar que la valoración de todas estas condiciones sólo puede ser hecha por el propio interesado en el momento de actuar su derecho, y su existencia no sería controlable por el propio medio de comunicación ni por el juez. Además, como apunta el autor, este régimen de condiciones es propio sólo de la *Ley de prensa*, no de las de radio y televisión, y tampoco para las respuestas de los organismos públicos, por lo que la *Ley de prensa* ha de considerarse de forma limitada en este sentido.

Con esta consideración se conecta con otro de los problemas del sistema portugués de la *respuesta*: la existencia de un régimen legal distinto para la prensa por un lado y para la radio y la televisión por otro origina en algunas ocasiones contenidos legales diferentes del derecho. Para el autor, esto se ha de solucionar con una interpretación extensiva de los presupuestos legales de la *respuesta* favorables a su ejercicio y restrictiva de aquellos que la dificulten, procurando así que, al mismo tiempo, se aproximen los contenidos legales diferentes.

Con el paso al análisis de los elementos propios del derecho de *respuesta*, el autor mantiene su posición favorable a una visión extensiva de este derecho, incluso aún más lejos —con apoyo en la Constitución— de la propia regulación legal.

No plantea problemas la delimitación del sujeto activo del derecho y es de destacar que la propia naturaleza jurídica de la rectificación, alejada de los *derechos liberales*

frente al Estado, supone la posibilidad de que su titular activo sea un organismo público frente a una entidad privada.

En cuanto al sujeto pasivo, en su afán por extender las posibilidades de actuación de este derecho, el autor considera que incluso determinadas publicaciones de los *diarios oficiales del Estado* podrían ser susceptibles de rectificación. No obstante, los sujetos pasivos clásicos continúan siendo la prensa, la radio y la televisión.

Al abordar el objeto del derecho —*cualquier texto o imagen publicado en un medio de comunicación social*—, el autor plantea de nuevo una extensión interpretativa de la *respuesta*, quizá excesiva, incluyendo dentro de este objeto las transcripciones de los debates parlamentarios, también si su publicación se ha efectuado exclusivamente en el *Diario de Sesiones* de la Asamblea.

Son dos las características esenciales de la *respuesta* que juegan en la regulación de su ejercicio: *la eficacia* y *la igualdad*. La primera exige, para el autor, *la inmediatez de la publicación* y que ésta se haga con el *texto integral* presentado por el interesado. La segunda conlleva *la igualdad de armas*, de forma que la rectificación ha de ser *efectiva* y ha de ocupar una posición *equivalente* en el medio de comunicación social a la información que la dio lugar. Y ambas, *eficacia* e *igualdad*, exigen que las posibilidades de *recusación* de publicación por parte del medio de comunicación sean muy limitadas y que estén claramente tasadas en la ley. Se manifiesta de nuevo el amplio entendimiento de la *rectificación* que deriva del derecho constitucional portugués.

Entendimiento amplio que se manifiesta también en las garantías de su ejercicio. Ante la *recusación*, expresa o tácita, de la publicación de la *respuesta*, el afectado dispone de dos acciones que puede utilizar de forma alternativa o acumulativa. Una de ellas es judicial, la otra tiene carácter administrativo.

Para conocer de esta segunda acción es competente la *Alta Autoridade para a Comunicação Social*, una *administración independiente* establecida en el artículo 39.1 de la Constitución portuguesa y que tiene como misión fundamental velar por las garantías y los derechos referidos a la *libertad de información y de expresión*. De la acción judicial conocen los *tribunales comunes*, tribunales penales competentes en esta materia por razones exclusivamente técnicas, ya que esta acción judicial tiene carácter civil.

También en la actuación de estas garantías surgen algunos problemas. El primero se deduce de la facultad de utilizar de manera acumulativa ambas garantías. Surge así la posibilidad de contradicción entre la solución de la Administración y la del órgano judicial. Y este problema se agravaría aún más si se tiene en cuenta que, aunque no está recogido legislativamente, de la Constitución se deriva que los actos de la Administración han de poderse controlar judicialmente a través del procedimiento contencioso, por lo que la contradicción de soluciones no podrá ser ya sólo entre la Administración y un órgano judicial, sino también entre dos órganos judiciales, y aún más, de distinto orden (contencioso y penal, aunque este segundo con competencias civiles).

Para acabar de acentuar las dificultades del sistema de garantías, la legislación portuguesa no recoge la posibilidad de recurso para la decisión de los *tribunales comunes* sobre el derecho de *respuesta*. En este sentido, el Tribunal Constitucional portugués ha

establecido que la segunda instancia es una exigencia constitucional sólo para las decisiones penales condenatorias. El autor considera, sin embargo, que tratándose de la garantía de un derecho fundamental, la garantía judicial de la *respuesta* y rectificación debería haber establecido la posibilidad del recurso.

Por último, esta maraña de recursos y acciones judiciales se complica con la existencia, de forma paralela a la acción para hacer valer el derecho de *respuesta*, de dos figuras delictivas relacionadas con la información atentatoria de la *identidad personal*: el delito de *recusación de publicación* de la respuesta (siempre que ésta no esté fundamentada) y el delito de *difamación*, y de la posibilidad, también, de seguir un procedimiento civil indemnizatorio por los daños sufridos con la publicación, indemnización que además sigue siendo fundada, aunque se haya ejercido la acción de *respuesta*.

Concluye el autor el análisis del régimen constitucional de la *respuesta* con el estudio de figuras conexas, propias del ordenamiento jurídico portugués, y que se engloban dentro del ámbito amplio de *la comunicación social y de la libertad de información y expresión*. Estos institutos jurídicos son las *notas oficiosas* (derecho del Gobierno y de la Asamblea de la República de publicar notas oficiosas en los medios de comunicación social, que supone un deber de estos últimos para con el Estado sin fundamento constitucional en un Estado de Derecho); el *derecho de antena*, del que disfrutaban los partidos políticos, la oposición, el gobierno y, en períodos electorales, las candidaturas, y, por último, el instituto más similar al derecho de *respuesta*, el derecho de *respuesta y réplica política* de los partidos políticos y de la oposición.

Al hacer el balance de la posición jurídica del derecho de *respuesta* y rectificación, para cuyo análisis se sirve el autor también del estudio del régimen histórico portugués, del derecho comparado y de un útil apéndice con la legislación portuguesa y extranjera sobre la cuestión, Vital Moreira concluye afirmando que no se pueden sobrevalorar las posibilidades garantistas de la rectificación, porque éstas tropiezan con importantes dificultades tales como el gran poder de los medios de comunicación, las dificultades que se causan al ejercicio de este derecho y la hostilidad de los medios para impedir su ejercicio o su incapacidad para defender determinados aspectos de la *identidad personal*.

No obstante, como se ha demostrado a lo largo de su devenir histórico, y contando además con su facilidad para adaptarse a las nuevas tecnologías de la comunicación, el derecho de *respuesta* y rectificación es un instrumento eficaz no sólo para proteger *los derechos de la personalidad y de la libertad de expresión* y de información, sino para coadyuvar a que la información y los medios de comunicación social sean más plurales, pluralismo que actuará también como defensa contra la concentración de dichos medios.—Carlos G. Ortega Santiago.

FERNANDO REY MARTÍNEZ: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, 138 págs.

Estamos en presencia de uno de los primeros textos jurídicos que la prestigiosa editorial McGraw-Hill publica en España, iniciando así una andadura que, sin duda, con-

tribuirá a enriquecer el patrimonio bibliográfico de nuestro país dentro del mundo del Derecho. Es menester congratularse por ello e, igualmente, habría que añadir de que sea con una monografía como la presente del profesor F. Rey, autor que ya viene avalado por su reciente, y a nuestro modesto entender excelente obra, *La propiedad privada en la Constitución española*, editada por el mismo Centro que publica esta revista. Ambos temas, propiedad e igualdad, no son en verdad cuestiones periféricas para el Estado y el Derecho constitucionales, y revelan, de entrada, una notable ambición intelectual de este joven profesor que crean unas expectativas en el lector que quedan, indudablemente a nuestro juicio, colmadas cuando se consulta los temas que él trata. Pero vayamos ya con la reseña de la obra que nos interesa.

En la obra pueden distinguirse dos partes, aunque formalmente no aparezcan como tales. En primer lugar, se nos presenta un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad por razón de sexo (págs. 9-38), y después, en un desarrollo más extenso, el autor va precisando su posición sobre el significado que tiene la prohibición de discriminación en nuestra Ley fundamental. El examen de la doctrina del Tribunal aparece precedido de unas «Observaciones preliminares» en las que el profesor Rey adelanta ya los rasgos principales de la tesis que se propone defender. Este anticipo resulta necesario para que el lector pueda captar el sentido del diálogo crítico que a continuación se mantiene con la jurisprudencia. Así, se nos advertirá ya de la conveniencia de dispensar —en el marco del artículo 14 y concordantes de la Constitución— un tratamiento autónomo a la prohibición de discriminación por razón de sexo frente al genérico principio de igualdad, concibiéndose esa prohibición, desde el punto de vista de su condición jurídica, como un derecho fundamental que veda las discriminaciones directas e indirectas, contiene un mandato de acciones positivas en favor de las mujeres y convierte en lícitas, bajo determinados presupuestos, las discriminaciones inversas.

Al objeto de propiciar una valoración metodológicamente útil de la jurisprudencia constitucional, F. Rey divide los pronunciamientos del Tribunal en dos grupos: uno, integrado por las respuestas dadas a presuntas discriminaciones directas o indirectas que limitaban o prohibían a la mujer la realización de ciertas actividades que sí estaban permitidas a los varones, y otro, en el que se incluyen las decisiones relativas a ciertas ventajas o beneficios que se otorgaban en exclusiva a las mujeres y que eventualmente podían justificarse como medidas de acción positiva en favor de aquéllas. El primer grupo de sentencias da lugar a la *jurisprudencia equiparadora*, y el segundo, a la *jurisprudencia compensadora*. La jurisprudencia de equiparación no resulta particularmente problemática. El Tribunal ha ido eliminando acertadamente una serie de tratos diferenciales injustificados, es decir, de discriminaciones prohibidas (directas o indirectas, estas últimas desde la STC 145/1991) de las que eran víctimas las mujeres, dando lugar a una parificación jurídica de ambos sexos en determinados ámbitos del Derecho laboral y en el acceso a las Fuerzas Armadas. Mucho más controvertida es la jurisprudencia de compensación. Hay que tener en cuenta que aquí se trata de tomar en consideración la realidad social de la mujer para legitimar en su favor un «derecho desigual» (no «igual», como en la jurisprudencia de equiparación), lo que plantea el problema de

distinguir correctamente las medidas paternalistas o falsamente protectoras de las mujeres (que deben reputarse discriminatorias) de aquellas otras, genuinas medidas de acción positiva, que no sólo resultan constitucionalmente lícitas, sino que incluso su adopción viene impuesta a los poderes públicos para compensar la subordinación histórica de la mujer. La jurisprudencia compensadora sólo se inicia en realidad a partir de la STC 128/1987, en la que el Tribunal entendió que el reconocimiento, por parte de un empleador (el INSALUD), de un plus laboral de guardería en beneficio del personal femenino (con independencia de su estado civil, mientras que a los trabajadores sólo se les otorgaba ese mismo beneficio en el caso de que fueran viudos) era una legítima medida de acción positiva tendente a corregir la desigualdad real de las mujeres. Hasta entonces el enfoque seguido había sido exclusivamente formal y neutro, «indiferente» al factor sexual (*sex-blind*), habiéndose limitado el Tribunal a enjuiciar la razonabilidad de las medidas diferenciadoras de trato entre hombres y mujeres. Con la STC 128/1987 comienza a conectarse la problemática de la discriminación por sexo con la situación histórica de marginación de la mujer, lo que contribuye a dotar de sustantividad propia a la prohibición de discriminación (segundo inciso del artículo 14) respecto del mandato general de igualdad en el contenido de la norma (inciso primero del artículo 14). Pero esta fundamental sentencia no encuentra en la jurisprudencia posterior, a juicio de F. Rey, un desarrollo consistente. Así, se echará de menos la aplicación de criterios seguros para distinguir las medidas de acción positiva (lícitas) de las falsamente protectoras de la mujer (prohibidas) y se reprochará al Tribunal que, cuando aprecia estas últimas, resuelva contradictoriamente, extendiendo en algunos casos las ventajas a los varones (creando, por tanto, una norma) y dejando en otros subsistente en el ordenamiento la discriminación enjuiciada.

Para dar respuesta a estos y otros problemas hallados en el examen de la jurisprudencia, el autor somete a la consideración del lector —en la segunda parte de la monografía— su propia interpretación del significado de la prohibición de discriminación por razón de sexo, situada dentro del contexto más amplio del reconocimiento genérico de la igualdad del artículo 14.

La concepción de la igualdad que se expresa en la Constitución española no puede ser otra, obviamente —comienza aseverando F. Rey—, que la propia de un Estado que se constituye como «social y democrático de Derecho». Y de la misma forma —se nos viene a decir— que esa cláusula del artículo 1.1 se presenta como el punto de llegada, y de síntesis, de la evolución del Estado constitucional, también la igualdad del artículo 14 (y preceptos concordantes) ha de contemplarse como el precipitado de las diversas concepciones históricas (empleándose el término *concepción* en el sentido propuesto por Dworkin, distinto al de *concepto*) que de la misma (del concepto de igualdad) ha alumbrado dicho Estado constitucional a lo largo de su evolución. Ciertamente, esas concepciones pueden aislarse o explicarse por separado a efectos analíticos —el propio autor así lo hace—, pero esto no quiere decir, como a veces se da a entender, que constitucionalmente se solapen o yuxtapongan (tampoco la cláusula del «Estado social y democrático de Derecho» entraña —así se ha indicado autorizadamente— una mera suma o adición de tres elementos o expresiones históricas distintas

del Estado constitucional), sino que, al contrario, deben integrarse o cohonestarse. O por decirlo con otras palabras, la igualdad del Estado social no está sólo —y dialécticamente— en el artículo 9.2, sino que está ya (y también) en el artículo 14.

Originariamente, la concepción de la igualdad que surge de las revoluciones liberal-burguesas es estrictamente la igualdad en la aplicación de la ley. Más adelante, con la crisis del Estado liberal de Derecho, se producirá la ruptura de la identificación entre igualdad y ley, ampliándose el juicio de igualdad en la aplicación a la misma creación de la norma, es decir, a la razonabilidad de su contenido. El primer país que configura la igualdad como límite de la potestad legislativa es Estados Unidos (con la aprobación de la enmienda XIV en 1868). En Europa habrá que esperar al período de entreguerras para asistir a ese «cambio de significado» del principio de igualdad. Cambio que, además, se produce en uno y otro escenario por causas diversas. Si entre nosotros es la presión de los partidos de clase la que fuerza a los órganos legislativos a tratar jurídicamente «igual a lo igual y desigual a lo desigual», en Estados Unidos la exigencia de la igualdad en el contenido de la norma vendrá de la mano del movimiento abolicionista y lo que se pedirá al legislador (más unidireccionalmente) es que no trate como desigual lo que es igual. Esto quiere decir que en este país la «equal protection clause» nace vinculada al principio antidiscriminatorio.

Con la implantación del Estado social surge el principio de igualdad material o de oportunidades, del que deriva un mandato dirigido a los poderes públicos de procura de la igualdad *de facto*, legitimándose a tal fin un derecho desigual. Finalmente, se incorpora también la prohibición de discriminación. Y es aquí donde nos encontramos la aportación más original del autor. A su juicio, esta última dimensión de la igualdad merece un tratamiento autónomo —no suficientemente perfilado hasta ahora— respecto del genérico principio de igualdad en las dos vertientes ya reseñadas: igualdad en el contenido de la norma e igualdad de oportunidades. Frente a la primera de ellas, la prohibición de discriminación no se agota en una mera exigencia de razonabilidad de las diferencias, sino que demanda un criterio de revisión judicial más riguroso (el que corresponde a las «clasificaciones sospechosas», según la terminología norteamericana). Habría que distinguir así entre las discriminaciones en sentido amplio, que serían aquellas desigualdades no razonables (según el principio de igualdad en el contenido de la norma) y las discriminaciones en sentido estricto o propio, que serían aquellas desigualdades que inciden en algunos de los criterios de diferenciación expresamente prohibidos por el artículo 14 (raza, sexo...), porque el constituyente las ha considerado como particularmente dañinas, peligrosas e intolerables. Pero la prohibición de discriminación exige además, en positivo, que se adopten las medidas necesarias para lograr la igualdad real entre los sexos. Y también en este ámbito el principio antidiscriminatorio se desmarca del de igualdad de oportunidades concebido *in genere*. El desarrollo de este último se sitúa básicamente en el marco del libre juego del pluralismo político (ligado a la valoración que hagan las mayorías de las disponibilidades financieras del Estado), mientras que la adopción de acciones positivas vinculadas a la prohibición de discriminación tiene un perfil más preciso, ya que el objetivo a conseguir con las mismas no puede ser otro que el de lograr la efectiva paridad de los sexos,

manifestada en un intercambio potencial de papeles. En ningún caso, establece taxativamente el artículo 14, debe «prevalecer discriminación alguna» por las causas que enumera.

La justificación constitucional, que el profesor Rey encuentra, del tratamiento singular de la prohibición de discriminación cristaliza en su consideración como un derecho fundamental a todos los efectos, derecho cuyos elementos exponemos sumariamente a continuación.

Por lo que se refiere, en primer término, a los «sujetos pasivos», interesa destacar que el autor defiende la eficacia (inmediata) del derecho a no ser discriminado por razón de sexo en las relaciones jurídicas entre particulares. Sustenta esa defensa en diversos argumentos interpretativos y también pondera, prudentemente, la extensión de esa eficacia.

El contenido del derecho se descompone en dos vertientes o dimensiones: subjetiva y objetiva. A su vez, de la dimensión subjetiva se deducirían dos *reglas* (entendiendo por tales, de acuerdo con la caracterización propuesta por Alexy, las normas que sólo pueden ser cumplidas o incumplidas, mientras que los *principios* serían las normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes): la prohibición, respectivamente, de las discriminaciones directas y de las indirectas. La primera comporta la interdicción de toda norma o acto jurídico-público (y, con ciertos matices, también jurídico-privado) que dispense expresamente un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno y otro sexo. La segunda, cuya apreciación es más sutil, veda aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, de los que derivan, sin embargo, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales perjudiciales (v. gr., la exigencia de una determinada estatura común para ambos sexos en un procedimiento de selección de empleo).

La dimensión objetiva se concreta en el *principio* (o mandato de optimización) de las acciones positivas o trato preferente en favor de las mujeres en cuanto grupo social desventajado frente a los hombres. Al tratarse de un principio, no fundamenta una pretensión subjetiva exigible judicialmente, pero sí limita el espacio de libre configuración legislativa (y en mayor medida que lo hace —como se ha indicado— el principio genérico de la igualdad de oportunidades que se desenvuelve en el marco del capítulo III del título I de la Constitución). Existe una modalidad de acciones positivas que requiere un tratamiento específico: las medidas de discriminación inversa. Estas adoptan típicamente la forma de *cuotas* y suponen la reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas (de trabajo, de puestos electorales, etc.), asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer.

La discriminación inversa es probablemente la cuestión más candente del derecho antidiscriminatorio. F. Rey trae el debate doctrinal que sobre la misma se ha suscitado (primero en Estados Unidos, pero también ya —y cada vez más— en Europa), exponiendo con orden y claridad las diversas posturas, a favor y en contra, que están sobre la mesa. El autor adopta una posición cauta, que podemos apretadamente sintetizar

como sigue: las medidas de discriminación inversa sólo son constitucionalmente lícitas bajo determinados presupuestos, cuya ausencia las convertiría en discriminaciones directas prohibidas por el artículo 14. Esos presupuestos son: *a)* únicamente podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de igualdad en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de otras medidas menos extremas de acción positiva; *b)* habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (con ayuda de análisis estadísticos) la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate; *c)* la cuota tiene, por naturaleza, carácter transitorio; su existencia se deberá limitar estrictamente al período de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino esté subrepresentado, y *d)* por afectar a una materia tan sensible para el Estado de Derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones inversas sólo podrán establecerse mediante ley, ya que únicamente las garantías que ofrece el procedimiento legislativo —la publicidad y la pluralidad— pueden legitimar a aquéllas desde el punto de vista procesal.

El libro se cierra con un capítulo de «conclusiones» y con unos interesantes «apéndices» en los que se recogen la «Declaración de los derechos de la mujer dedicada a la reina», de Olympe de Gouges (1791), y la Declaración de Seneca Falls (1848); un «cuadro-resumen» de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español hasta 1994 (incluido) y una síntesis de la *gender discrimination* en la jurisprudencia constitucional americana.—José Miguel Vidal Zapatero.

JOSÉ TUDELA ARANDA: *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas-IVAP, Madrid, 1994, 471 págs.

Bajo este título se extiende un exhaustivo estudio sobre el artículo 149.1.1.ª CE, estudio que se corresponde con la tesis doctoral del autor, jurista profesional ya (en concreto, letrado de las Cortes de Aragón), bajo la dirección del prologuista, el profesor Martín-Retortillo. El dato causal de la obra va más allá de la mera noticia en este caso, porque, en su condición original de tesis doctoral, hubo de ser sometida al juicio de un tribunal, en el que, en este concreto caso, se encontraban, entre otros notables administrativistas, los profesores Baño León y Pemán Gavín, a los que, como es sabido, se deben las dos monografías individuales más relevantes sobre el tema objeto del trabajo. De modo que ha de presuponerse esta obra como especialmente legitimada por las observaciones que el tribunal expusiera en su momento y que el autor del trabajo considerase, o no, en su caso, conveniente tener en cuenta.

Formalmente, el estudio constituye el análisis ideal de un precepto jurídico, lo que no habrá sido extraño a la concesión del premio Leizaola al mismo. En efecto, se divide en dos partes, seguramente en pocos casos como en este tan identificables con la práctica y la teoría, respectivamente. La primera se dedica, como dice el profesor Martín-Retortillo en el prólogo, a la labor empírica, casuística, que constituye, en primer lugar,

la referencia a los precedentes existentes, a los trabajos constituyentes y a las cláusulas similares del Derecho comparado; ello da lugar a un muy breve capítulo I, porque los precedentes son pocos, los trabajos parlamentarios resultaron en lo que a este precepto se refiere decepcionantes y las cláusulas existentes en ordenamientos foráneos que pudieran entenderse como aproximadas a la que es objeto de tanta preocupación doctrinal en nuestro sistema, han sido ya muy bien analizadas en estudios anteriores, por lo que basta, como hace Tudela, con remitirse a ellos. Las conclusiones del capítulo en cuestión sólo permiten deducir «leves indicios» sobre lo que es el 149.1.1.^a

Más útiles resultan los análisis de lo que ha sido la aplicación práctica del 149.1.1.^a tanto por el legislador (capítulo II) como por el Tribunal Constitucional (capítulo III). El primero se muestra coherente en su uso, en el sentido de que siempre entiende el 149.1.1.^a de un mismo modo, a saber, como título competencial (no, por tanto, como un principio general), que tiene un objeto determinado, que son los derechos y deberes constitucionales, sobre todo aquellos que no pueden ser afectados por ninguna otra regla competencial del 149.1 y que equivale, de forma aproximada, a lo que en otros supuestos son lo que genéricamente se conoce como «bases»; no lo utiliza el legislador como un título de intervención genérica en favor del Estado siempre que una materia afecte a «las condiciones básicas de los derechos y deberes constitucionales», sino como un título competencial para garantizar «una igualdad mínima» entre los españoles en materia de derechos y deberes constitucionales.

El detenido análisis jurisprudencial (el capítulo III es el más extenso de todos) da cuenta de los varios sentidos en que es utilizado por el Tribunal Constitucional el precepto en cuestión (como expresión del principio de igualdad, como título competencial en favor del Estado, como cláusula interpretativa del reparto competencial y como límite a las competencias autonómicas). Frente a la coherencia que muestra el legislador en el sentido del uso del precepto, el Tribunal Constitucional se manifiesta en ocasiones incluso contradictorio, como consecuencia de su aplicación puntual, sin disponer antes de una concepción general del mismo. De entre todos los sentidos de que le dota el Tribunal Constitucional, el dominante es el primero de los expuestos, es decir, concibe el 149.1.1.^a como «manifestación del principio de igualdad en relación con la distribución territorial del poder», sentido que no comparte Tudela porque entiende que supone primar el aspecto de la igualdad en detrimento de la interpretación global del precepto: el Tribunal Constitucional no emplea la interpretación sistemática en este caso, de acuerdo con la cual, dado el artículo en el que se encuentra inserta la cláusula en cuestión, el que concreta el principio de unidad nacional, los españoles se encuentran en posición de total igualdad en las materias que en él se señalan. Considerado en el segundo de los sentidos señalados —como título competencial estatal—, el precepto plantea dos cuestiones problemáticas: el objeto de la competencia («derechos y deberes constitucionales») y la condición constitucional de su ejercicio («regulación de las condiciones básicas» de los mismos). En cuanto a lo primero, los derechos y deberes sobre los que se proyecta son, fundamentalmente, los derechos de la sección 1.^a del capítulo II del título I: «a medida que nos alejamos de este núcleo, la fuerza del artículo 149.1.1.^a se debilita». En cuanto a lo segundo, el Tribunal Constitucional coincide

con la doctrina en interpretar restrictivamente esta cláusula, interpretación de la que el autor disiente por entender que es un título competencial de contenido concreto y diferenciado, independiente de los restantes treinta y un títulos del 149.1. Como criterio delimitador de las competencias autonómicas, carece de objeto entenderlo, según Tudela, puesto que eso es lo que hacen todos los títulos competenciales del 149.1. Finalmente, como criterio hermenéutico, el 149.1.1.^a no es tal porque contenga un principio general, sino por la *vis atractiva* de su objeto (derechos y deberes). La conclusión de todo ello es el valor sólo relativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender el precepto objeto de análisis (frente, pues, al valor que se deriva de su empleo por el legislador, que es mayor). Aunque útil, lo que se deriva de la jurisdicción constitucional resulta insuficiente para construir una teoría de la cláusula competencial contenida en el artículo 149.1.1.^a, y en tal sentido, Tudela hace una interesante llamada de atención sobre la tendencia por parte de la doctrina a basar conclusiones sólo en el tratamiento que el Tribunal Constitucional realiza de una cuestión con el empobrecimiento que de ello resulta.

La segunda parte tiene por objeto la teoría (una aproximación a ella, dice el autor) de la cláusula que recoge dicho precepto, y se compone a su vez de dos capítulos, que se ocupan del significado general (capítulo IV) y alcance (capítulo V) de la cláusula en cuestión. A lo largo del primero de ellos se exponen las principales teorías que sobre este precepto mantiene la doctrina más destacada, con lo cual se cierra el círculo del análisis ideal de un problema jurídico: lo que resulta de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina. El significado del precepto resulta del análisis de los términos literales del precepto, que, como es de sobra sabido, dispone: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1.^a La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.» El autor entiende el significado de tales expresiones del modo siguiente: 1) La expresión con que se abre el artículo 149.1 —«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias»— hace del 149.1.1.^a, en efecto, un título competencial antes que un principio general y, además, un título competencial con un contenido propio (no con un contenido general, como, por ejemplo, el de asegurar un principio general de uniformidad) constituido por los derechos y deberes constitucionales, pues de no entenderse así, dice Tudela, se estaría ante una laguna a la hora del reparto competencial de los derechos y deberes constitucionales que no se encuentren aludidos en ninguno de los números del 149.1. 2) Al atribuir el precepto la función de «regular», lo que está otorgando al Estado es una capacidad normativa. 3) La expresión «condiciones básicas» equivaldría funcionalmente a la que en otros números del 149.1 lo son las «bases», la «legislación básica» o las «normas básicas» con lo que ello implica: principalmente que las Comunidades Autónomas podrían afectar el régimen jurídico de los derechos y deberes según sus particularidades y que el Estado podría incluso adoptar medidas de tipo ejecutivo en orden a lograr la finalidad del precepto. 4) La garantía de la igualdad que debe perseguir la regulación de las condiciones básicas no tiene —siempre según el autor— significado particular alguno, «es accesoria en la interpretación» del precepto, el cual no puede en-

tenderse como «la traducción del principio de igualdad en relación con el Estado autonómico»; esta igualdad resulta ya inherente al carácter exclusivo de las treinta y dos competencias que establece el 149.1, que reflejan la unidad estatal pretendida por el constituyente, de modo que «la clave de arco de la interpretación del 149.1.1.^a... no es... el principio de igualdad, sino el de unidad». 5) La expresión «derechos y deberes constitucionales» no se refiere a unos derechos y deberes en concreto, excluyentes de los demás; ha de estarse al respecto al caso concreto de que se trate, pero con todo el autor señala algunas reglas para la aplicación del 149.1 a tales derechos y deberes: «Casuismo sí, pero reglado.» Con el resultado del análisis del significado del precepto como premisa, el autor propone criterios para resolver la concurrencia entre la cláusula objeto de análisis con otros títulos competenciales (debe acudir en tal caso al, por expresarlo así, principio de especialidad, de modo que quedarían excluidos del ámbito del 149.1.1.^a los derechos que se relacionen o caigan bajo otros títulos competenciales específicos) y establece también la relación de la misma con algunas cuestiones.

El alcance del artículo 149.1.1.^a, esto es, su *modus operandi* en el ordenamiento constitucional, se refiere a las distintas funciones que desempeña (título competencial, criterio interpretativo del reparto de competencias y garantía), si bien «sólo como título competencial cabrá entenderlo adecuadamente», por lo que el autor se detiene en el análisis del ejercicio de la competencia que supone el mencionado párrafo, propugnando la conveniencia de que el legislador lo invoque formalmente cuando lo utilice, a lo que añade, para finalizar el breve capítulo V, la referencia a algunas cuestiones abiertas.

El contenido sustancial del que se ha tratado de dar cuenta hasta aquí se resume en las correspondientes conclusiones propias de un trabajo doctoral, entre las que destacamos una de las quizá más omnicomprendivas de la tesis del autor: el grado de uniformidad mínima que posibilita el 149.1.1.^a, «no es un criterio fijo», puesto que «fluctúa» entre el principio de unidad del Estado, que supone el mínimo, y el principio de autonomía con el consiguiente poder de disposición por parte de las Comunidades Autónomas, que supone el máximo. El ejercicio de la competencia en que consiste el precepto objeto de análisis requiere como presupuesto la lealtad a uno y otro principio (unidad y autonomía), y así entendido, el papel del Tribunal Constitucional ha de ser mucho más limitado del que desempeña hasta ahora, pues el protagonismo debe corresponder a las Cortes y, de modo excepcional, al Gobierno: el Tribunal Constitucional debería limitarse a constatar que se observan los límites mínimos y máximos, que varían según el derecho de que se trate.

Las últimas cuarenta páginas, en fin, recogen la bibliografía y la jurisprudencia constitucional —tanto relacionadas directamente con el precepto objeto de estudio, como próximas o de interés para el mismo— y las distintas normas emanadas que han encontrado en él su fundamento. Como decíamos al inicio y como bien puede observarse de acuerdo con lo expuesto, la obra plasma el modelo ideal de análisis de un precepto, que en el presente supuesto resulta de tanto relieve como es el que incluye el primer número de la relación de competencias estatales exclusivas.—*César Aguado Renedo.*