

RECENSIONS I NOTÍCIA  
DE REVISTES

---



## 1. RECENSIONS

López Basaguren, Alberto, i Maestro Buelga Gonzalo, *El Ararteko*, col. «Cuadernos Autonómicos» 19, IVAP, Oñati, 1993.

Si bé l'obra que comento porta per títol *El Ararteko*, el seu contingut no es limita a l'estudi d'aquesta institució, sinó que els capítols inicials fan unes interessants reflexions generals sobre l'*Ombudsman*, que romanen en el rerefons dels comentaris relatius a la incorporació d'aquesta figura en l'ordenament basc. López Basaguren i Maestro Buelga parteixen de la idea d'una institució de potencialitat diversa, en constant procés evolutiu i amb una peculiar situació dins del sistema de poders de l'Estat, i per això tenen present en tot moment la influència que la conjuntura política exerceix sobre l'Oficina de l'*Ombudsman*. Els dos capítols inicials comenten els principals problemes d'adaptació travessats per aquesta institució, alguns plantejats anteriorment per la doctrina i d'altres encara sense analitzar en profunditat. Aquestes qüestions es reprenen novament, pel que fa a l'*Ararteko*, en els restants capítols del llibre.

Comença l'estudi en la fase d'expansió de l'*Ombudsman*, moment de profunda crisi dels pressupòsits jurídics de l'activitat administrativa articulats durant l'Estat liberal de dret i de creixement d'ella com a conseqüència de l'intervencionisme propi de l'Estat social, per la qual cosa la institució s'assumeix com a remei a la insuficiència d'instruments de con-

trol de l'Administració. D'aquesta manera, se separa perfectament el naixement de la figura a Suècia i la seva difusió en el marc de l'Estat social, on el debat de l'*Ombudsman* adquireix aquest nou significat. S'exposen, seguidament i breument, els motius i el procés d'aparició del *Justitieombudsman* i la seva caracterització actual a Suècia per, posteriorment, esbossar diversos models dels *Ombudsmen* del dret comparat, marcant les analogies i les diferències d'aquests respecte de l'esquema escandinau, i insistint especialment en els aspectes més conflictius de la institució, com ara l'àmbit de control de l'activitat administrativa discrecional.

Resulta interessant d'analitzar l'opinió dels autors pel que fa a l'òrgan elector del titular de l'Oficina. Després d'afirmar que «el model d'*Ombudsman* com a comissionat parlamentari és el que s'ha seguit de manera majoritària en l'extensió de la figura a altres ordenaments», inclouen dins d'aquest grup el *Parliamentary Commissioner* anglès elegit per l'executiu, puntualitzant que la seva connexió amb el Parlament amb posterioritat a la seva designació permet de reconduir-lo a l'esquema de l'*Ombudsman* com a comissionat parlamentari. Si bé és coneguda la pluralitat de conceptualitzacions que s'han fet a l'entorn del que s'ha d'inscriure dins del model de la institució que es

comenta (les més conegudes, de Rowat i Puchta), crec que l'anomenat «*Ombudsman* legislatiu» ho ha de ser d'origen, és a dir, que la vinculació al Parlament hauria de ser des de l'instant de la seva elecció. Em sembla més adequada aquesta opció, no exclusivament per considerar-la més d'acord amb la lògica interna de la pròpia institució, definida convencionalment com a comissionada del legislatiu per al control de l'Administració, sinó també perquè el nomenament per l'executiu afecta negativament l'*auctoritas* del titular (Napione, Ruiz-Jiménez) i, sobretot, distorsiona el fonament de l'elecció en exclusiva pel Parlament, és a dir, la garantia d'una total independència pel que fa als ens administratius supervisats per l'Oficina (Desfeuilles).

El capítol segon estudia els caràcters més destacables del Defensor del Poble com a adaptació de l'*Ombudsman* a nivell estatal en el nostre país. Tracta les seves relacions amb les Corts Generals, el problema de determinar la funció principal d'aquesta Oficina i la capacitat del Defensor per incoar processos jurisdiccionals. Tots aquests aspectes es donaran pràcticament per reproduïts pel que fa a l'*Ararteko*, opció que es mereix de ser comentada.

Quin dubte hi ha que tant el Defensor del Poble com l'*Ararteko* són institucions clarament i profundament inspirades en el model «clàssic» d'*Ombudsman* (Rowat), del qual agafen els seus trets essencials, amb les adaptacions pertinents. També és expressa la referència que l'article 15 de l'Estatut d'autonomia del País Basc fa al 54 de la Constitució espanyola, i el paral·lelisme entre la Llei de l'*Ararteko* de febrer de 1985 i la Llei orgànica del Defensor del Poble de 1981. Si bé s'ha de partir d'aquest plantejament, potser hauríem de tenir més en compte els trets que defineixen totes dues institucions i el context jurídic en què s'inscriuen.

La institució del Defensor es recull a la nostra Constitució en el capítol dedicat a les garanties dels drets del títol I. Deixant per a més endavant un comentari relatiu a la primacia d'aquesta missió sobre la funció de control de l'Administració, la col·locació de l'article 54 de la nostra norma fonamental i també la seva literalitat són un fet cert i que cal prendre en consideració. També ho és la legitimació que s'hi concedeix al titular de l'Oficina, per interposar recursos davant del Tribunal Constitucional. L'una i l'altra circumstàncies han d'incidir d'alguna manera en la configuració del Defensor del Poble, i diferenciar-lo altrament de la que s'hagi de donar a l'*Ararteko* (en aquesta línia, Astarloa).

Comencem analitzant el tractament donat per López Basaguren i Maestro Buelga a la relació del Defensor amb el Parlament. La forta vinculació entre *Ombudsman* i legislatiu en els començaments del funcionament de la institució contrasta amb el seu significat actual, on la connexió és més excepcional. Un cop situat el defensor del Poble com a òrgan auxiliar de les Corts en la seva funció de control de l'executiu, es precisa el significat d'aquest caràcter auxiliar i de les seves repercussions, sense oblidar la naturalesa i els trets de la figura. Aquesta segona precisió resulta imprescindible i encertada. Imprescindible, perquè la definició d'òrgan auxiliar podria donar lloc a interpretacions errònies. Encertada, perquè el significat del caràcter auxiliar es connecta amb la figura i s'arriba a la conclusió que és de naturalesa funcional i es configura en sentit objectiu, o sigui, «no significa la instrumentalització directa per part del Parlament, sinó que, al contrari, pressuposa l'autonomia funcional de l'*Ombudsman* pel que fa a la institució parlamentària». Els autors s'inscriuen, doncs, en la línia de Napione.

La relació entre totes dues instàncies

s'uneix convenientment amb el tema de l'eficàcia de l'Oficina, i s'afirma que «la virtualitat de l'*Ombudsman* en el sistema polític ha de tenir, abans de res, una dimensió ordinària, que es derivi de la pròpia intervenció de l'*Ombudsman* per ella mateixa, sense necessitat de recórrer a la hipòtesi extrema d'excitació de l'activitat parlamentària de control, perquè, si no, ens trobaríem davant d'un òrgan d'incidència marginal, en el sentit d'excepcional, en el funcionament del sistema polític». Es conclou fent una referència oportuna a l'article 30 de la Llei orgànica del Defensor del Poble, article que no sol ser mencionat per la doctrina, però que és d'una virtualitat potencial i, sobretot, un manifest exemple del supòsit i de l'abast d'intervenció del Parlament.

Si bé crec molt oportú el plantejament dels autors pel que fa a les relacions del Defensor del Poble amb les Corts Generals i la seva translació al supòsit *Ararteko-Parlament* basc, potser s'haurien de fer algunes precisions respecte a l'*Ombudsman* estatal. Si tenim en compte l'esmentada insistència constitucional en la seva funció protectora de drets en detriment de la faceta de supervisor de l'Administració, potser ens hauríem de plantejar la possibilitat de considerar-lo més independent, encara, del seu Parlament elector (Treves, Pizzetti). Així, les extenses reflexions fetes sobre el Defensor en matèria de relacions amb el Parlament em semblen totalment adequades per a l'*Ararteko*, però matisables quant al Defensor.

L'apartat següent se centra en el conegut debat sobre la inclusió del Defensor del Poble dins de les coordenades de l'*Ombudsman*, ateses la seva configuració com a institució essencialment protectora de drets i la posició instrumental a la qual sembla relegar-se la supervisió administrativa. López Basaguren i Maestro Buelga s'adscriuen a l'opció que afirma la seva pertinença a l'esquema «clàssic» o

nòrdic, sense que «la defensa dels drets constitucionals es configuri com a criteri (de)limitatiu de la capacitat interventora del Defensor». Tot i que, sense perdre de vista l'evolució de la figura, mencionen la importància que pot assolir l'Oficina del Defensor del Poble com a promotora dels drets recollits al capítol III del títol I de la Constitució, atesa l'actual situació de crisi de l'Estat social (en aquesta línia, Cascajo Castro).

Malgrat coincidir en el fons amb l'opinió d'aquests autors, crec que tampoc aquí no s'ha considerat de manera suficient la incidència de la inclusió del Defensor en el capítol dedicat a les garanties dels drets i la seva legitimació davant del Tribunal Constitucional, elements, tots dos, que incideixen directament en la missió de l'Oficina, alhora que separen les reflexions que es podrien fer a l'entorn del Defensor estatal amb relació a l'*Ararteko*.

Arribats a la conclusió que el control administratiu és competència del Defensor, es planteja el problema subsegüent de les interferències entre aquesta supervisió i l'efectuada pels òrgans jurisdiccionals. López Basaguren i Maestro Buelga afirmen ràpidament que la naturalesa dissuasòria i no jurisdiccional de l'*Ombudsman* evita els conflictes entre ambdós controls. Potser haurien hagut d'atorgar més importància a aquest problema amb relació al tema que planteja Ludvik, pel que fa a la institució sueca, sobre el millor procedir de l'Oficina en el cas de queixes que plantegen assumptes de gran importància abans que existeixi jurisprudència sobre això.

S'aturen més, en canvi, en la qüestió de la capacitat d'impuls jurisdiccional del Defensor. Els autors parteixen d'una capacitat d'impuls de caràcter excepcional.

Comencen analitzant la legitimació del Defensor del Poble davant del Tribunal Constitucional en els termes ja indicats abans per la doctrina, o sigui, con-

nectant-la amb la missió de defensa de drets atribuïda a l'Oficina. L'afer no planteja problemes pel que fa al recurs d'empara, perquè sempre serà necessària la vulneració de certs drets per acudir a l'alt Tribunal, sinó que s'aborda en relació amb el recurs d'inconstitucionalitat. López Basaguren i Maestro Buelga exclouen la legitimació del Defensor amb caràcter general i consideren necessària la seva connexió amb la funció garantista assignada a la institució en l'ordenament espanyol. Però, en coherència amb el fet que la defensa de drets no és (de)limitativa de la funció del Defensor del Poble, i matisant en aquest punt el parer general de la doctrina, tendeixen a considerar que el recurs d'inconstitucionalitat també es podrà interposar contra lleis que afectin el funcionament de les administracions públiques.

Tot seguit, analitzen la legitimació processal del Defensor davant de les jurisdiccions penal i contenciosa. Parteixen de l'exclusió de la legitimació per exigir directament davant dels tribunals la responsabilitat penal de les persones al servei de l'Administració, i també descarten el control de la legalitat de l'actuació administrativa en via contenciosa. Els autors critiquen aquest plantejament legal, especialment pel que fa a l'absència de legitimació contenciosa, perquè consideren que aquesta «podria suposar una via de superació de la crisi de confiança en què es troba sumit el procés administratiu com a instrument de control de la legalitat de l'actuació de les administracions públiques». A més, la legitimació en via contenciosa seria «el més coherent amb la caracterització del sistema constitucional, a més de resultar [...] la solució més convenient per dotar aquella institució amb la incisivitat necessària dins el funcionament del sistema administratiu».

Acaben el capítol comentant la virtua-

litar i el significat de la legitimació del Defensor del Poble per interposar l'«acció de responsabilitat» (article 26 de la Llei orgànica) i destacant, com ja ha fet algun autor (Pellón Rivero), el problema d'interpretar el sentit d'aquesta facultat, la qual qualifiquen de «cos estrany» en la configuració d'aquesta institució estatal.

El capítol tercer entra de ple en l'anàlisi de l'*Ararteko*, i torna a tocar els temes ja abordats a la part dedicada al Defensor, bo i estudiant certs aspectes peculiars de la figura basca. Insisteixo, arribats a aquest punt, en el fet que els autors continuen fent constants referències i estudis paral·lels de la figura del Defensor estatal, a partir de la qual cosa reinterpreten la Llei del Parlament del País Basc i proposen solucions a qüestions no abordades, o confuses, en aquesta norma.

En sembla convenient de destacar, dins d'aquest tercer capítol, la significació que López Basaguren i Maestro Buelga donen a la figura de l'adjunt de l'*Ararteko*. La presenten com un pas previ a la pluralització de la titularitat de l'Oficina, justificada per la complexitat i l'amplitud de l'Administració supervisable. Fins i tot la seva existència fa que els autors parlin d'exercici «col·legiat» de les funcions de l'Oficina, fent servir el mateix terme que utilitza Ruiz-Jiménez per definir el funcionament de la institució que es comenta. Em sembla oportú de matisar una mica aquesta concepció de l'adjunt. Al marge que originàriament l'única funció d'aquesta figura fos la de substituir el titular de l'Oficina en cas d'absència, no considero convenient perdre de vista que la importància de l'esmentat titular està qualitativament molt per damunt de la que s'ha de conferir a l'adjunt. El titular aporta la seva *auctoritas* a la institució i és elegit per majoria qualificada pel Ple del Parlament; proposa al legislatiu el nomenament i el cessa-

ment de l'adjunt i designa lliurement la resta del personal de confiança de l'Oficina; en determina les importants pràctiques, com ara els temes que s'han de tractar prioritàriament, el procediment de tramitació de queixes, o el tipus i el nombre d'iniciatives d'ofici; respon davant del Parlament de la totalitat de la gestió de l'Oficina; i, en el cas del Defensor del Poble, decideix sobre un afer tan important com és el de la interposició de recursos davant del Tribunal Constitucional. La figura de l'adjunt té, sens dubte, una posició peculiar i superior pel que fa a la resta del personal de l'Oficina, ateses les seves funcions i situació en moments d'interinitat. Això justifica la seva designació peculiar i un tractament diferenciat i específic. Però aquells arguments semblen suficients per arribar a la conclusió que no som davant d'un «òrgan plural» com pretenen els autors.

El capítol quatre estudia les peculiaritats de cadascun dels àmbits supervisables per l'*Ararteko*: Comunitat basca, territoris històrics, Administració local i de justícia. En aquest punt, es fan reflexions en la línia ja comentada bàsicament per la doctrina, raó per la qual no sembla necessari d'aturar-s'hi amb més explicacions.

Aquest quart capítol també comenta l'activitat desenvolupada per l'Oficina tant a instància de part com d'ofici. López Basaguren i Maestro Buelga insisteixen en la transcendència de les actuacions d'ofici durant els començaments de la posada en marxa de la institució amb la finalitat d'afermar-la i d'augmentar la seva *auctoritas*, sobretot si aquesta activitat se centra a posar de manifest les disfuncionalitats més importants de l'Administració en àmbits de gran repercussió social. En canvi, consideren que els expedients d'ofici han d'anar minvant a mesura que aquest objectiu es vagi assolint. Si bé coincideixo plenament amb el plantejament inicial, crec que la iniciativa d'ofici

hauria de continuar essent prioritària en la resta d'etapes de l'Oficina. D'altra banda, les disfuncionalitats estructurals de l'Administració són terreny adobat per a aquest tipus d'activitat, però les actuacions d'ofici també són instrument idoni per iniciar investigacions que tendixin a protegir els interessos dels col·lectius marginats que, per motius diferents, no acudeixen a l'Oficina (menors, disminuïts psíquics, ancians). De fet, l'*Ararteko* no ha descurat cap d'aquests dos camps en la seva activitat d'ofici. Dins d'ella s'evidencia, en els seus informes, una preocupació especial pels problemes estructurals de l'Administració que afecten les àrees de Sanitat i Funció Pública, alhora que l'objecte dels tres informes extraordinaris presentats fins ara mostra clarament el motiu que ha propiciat l'elecció d'aquests temes com a iniciatives d'ofici («Els centres de detenció municipals i de l'Artzantza», de 1990, «La situació dels malalts mentals en els hospitals psiquiàtrics», de 1991, i «Les residències de tercera edat a la Comunitat Autònoma Basca», de 1993).

El penúltim capítol del llibre es dedica a l'anàlisi de les facultats de la institució basca. En coherència amb la visió que tenen els autors de les relacions *Ombudsman*-legislatiu, inclouen aquí les vies de comunicació entre *Ararteko* i Parlament basc, destaquen unes certes peculiaritats pel que fa a allò comentat abans, i hi inclouen la resta d'ens objecte de supervisió que enumera l'article 9.1 de la seva Llei reguladora. Es tracten bàsicament els informes anuals i se'n destaca la gran virtualitat actual en contrast amb la funció inicial que tenien a Suècia.

En aquest capítol fan un intent de classificació dels diferents tipus de resolucions que pot adoptar l'*Ararteko* (recomanacions, suggeriments, advertiments i recordatoris de deures legals) prenent com a base la intensitat del grau coercitiu

que s'hi persegueix. Sembla que tant aquesta proposta com els esforços de la doctrina per dur a terme l'esmentada distinció (Malignier) no s'escapen de la dificultat de delimitació de cada una d'aquestes categories i de l'encobriment entre les diferents definicions.

El capítol s'acaba destacant la importància de donar publicitat a les actuacions de l'Oficina. Aquesta puntualització és d'interès si tenim en compte l'estreta relació publicitat-eficàcia de la institució i l'important esforç de l'*Ararteko* per donar a conèixer la seva Oficina a tots els nivells (ciutadans, poders públics i institucions dedicades a la defensa de drets).

El llibre finalitza amb un capítol dedicat a les relacions entre *Ombudsman* basc i estatal, un dels temes més profundament i insistentment tractats en el llibre. López Basaguren i Maestro Buelga estan d'acord que la Constitució espanyola no obligava a configurar el Defensor del Poble amb competència sobre totes les administracions públiques, i critiquen per això l'opció de la Llei orgànica.

No és la desconexió Defensor del Poble-Parlament basc el fonament del seu desacord amb la regulació orgànica, perquè l'*auctoritas* pròpia de la institució és la que ha de ser tinguda en compte amb caràcter general, atesa la seva concepció de les relacions *Ombudsman*-Parlament. El motiu pel qual consideren inoportuna la concurrència de controls és el cúmul de disfuncionalitats que aquesta situació propicia, que perjudica directament la consolidació i l'*auctoritas* de les figures autonòmiques. A més, una articulació coherent dels àmbits de control permetria superar les limitacions d'un sistema amb un sol *Ombudsman* estatal.

Un cop denunciada la poca idoneïtat de la regulació recollida a la Llei orgànica

del Defensor, analitzen el marge d'actuació que permet el marc legal vigent. La Llei 36/1985, de 6 de novembre, de relacions de la figura del Defensor del Poble i altres figures similars a les comunitats autònomes, suposa una matisació important a la coordinació atribuïda al Defensor a la seva Llei reguladora i al Reglament de 1983, per tal com la Llei de relacions estableix aquesta coordinació a través de relacions voluntàries. Malgrat que l'esmentada Llei de relacions no va poder anar més enllà establint de manera diferent els àmbits supervisables perquè venia condicionada per la Llei orgànica del defensor, la via convencional que estableix ofereix la possibilitat d'obviar els conflictes que genera la concurrència competencial, i s'arriba a proposar la «hipotètica atribució al Comissionat parlamentari autonòmic de la competència ordinària per a la supervisió de l'activitat administrativa de la Comunitat Autònoma».

El capítol s'acaba amb una somera i adequada referència a allò que ha suposat l'aplicació de la Llei de relacions pel que fa a acords. Deixen constància que els convenis subscrits fins ara han suposat la ratificació de la línia de la Llei orgànica, allunyant-se de les propostes fetes pels autors i sense aconseguir la superació de la desconfiança del Defensor estatal envers els *ombudsmen* de les comunitats autònomes. López Basaguren i Maestro Buelga acaben insistint en l'oportunitat de modificar la Llei orgànica del Defensor del Poble i d'assignar competències exclusives a *Ombudsmen* autonòmics i Defensor estatal. Consideren que, d'aquesta manera, quedaria resolt convenientment el problema de la distribució dels àmbits de control.

Laura Díez Bueso



Delgado Barrio, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, 1ª ed.

La condició de magistrat del Tribunal Suprem de l'autor queda reflectida en aquest excel·lent treball, tant per la demostració del coneixement de la matèria de què és objecte com per la referència i la citació, de vegades textual, d'abundantíssima i recent jurisprudència del Tribunal Suprem sobre el tema. En nombroses d'aquestes sentències, Javier Delgado Barrio actua de ponent, i el mateix estil de redacció, clar, concís i excel·lentment estructurat que es pot apreciar en aquestes resolucions, es trasllueix en l'obra de què ens ocupem.<sup>1</sup>

Estem, doncs, en presència d'un estudi remarcable sobre dret urbanístic, en el qual es pot apreciar l'aplicació a aquesta branca del dret administratiu de les tècniques i categories jurídiques d'aquest.<sup>2</sup> És especialment destacable en aquesta línia la connexió feta de l'ordenació urbanística de l'ús del sòl amb diversos preceptes constitucionals (així, per exemple, art. 9.2 i 105.a) sobre participació ciutadana i procediment d'elaboració dels plans d'urbanisme, art. 9.3, en relació al principi d'interdicció de l'arbitrarietat i el control judicial del pla, o l'article 140, referit a l'autonomia municipal i el seu efecte sobre les potestats de les comunitats autònomes en l'acte d'aprovació definitiva dels plans). Això suposa un replantejament del dret urbanístic a la llum del marc constitucional i planteja la necessitat futura d'aprofundir en aquesta labor jurídica.

Com ja hem dit en unes línies més amunt, l'anàlisi continguda a l'obra es troba magníficament estructurada. Així, es pot apreciar l'existència de tres grans blocs conceptuals en l'estudi. En primer lloc, una part introductòria, en què es fa una somera referència als elements reglats de la potestat d'ordenació urbanística i als seus límits derivats directament de la legislació urbanística (capítols I, II, III). L'anàlisi continua amb l'examen del control de l'àmplia discrecionalitat existent en els plans d'urbanisme (capítols IV, V, VI). Finalment, en el capítol VII, l'autor s'ocupa dels poders del jutge contenciosos pel que fa a atendre altres previsions del qui recorre diferents de la mera anul·lació de la classificació o qualificació urbanística.

Ultra la divisió establerta, també podem ressaltar la referència contínua, al llarg de tota l'obra, a la regulació continguda en el text refós estatal de 26 de juny de 1992, la qual cosa confirma la rigorosa actualitat de l'anàlisi feta.

Entrant en concret a indicar les línies mestres sobre les quals s'estructura cadascun dels tres blocs vistos, podem assenyalar que, pel que fa al primer, l'autor insisteix en la consideració del Pla com a norma jurídica provinent de l'Administració. L'àmplia discrecionalitat que hi ha en els plans urbanístics és el fruit de la remissió feta per la legislació urbanística, remissió normativa motivada per l'exces-

1. Forma de redactar — amb ús freqüent de punts i a part, sintaxi clara i recurs a subapartats diferenciats clarament — que el lector de la sentència agraeix perquè li permet de seguir el fil del raonament judicial i les conclusions a què aquest conduceix.

2. Si bé el dret urbanístic té imbricacions amb altres disciplines no jurídiques, no s'ha de perdre de vista la idea que es tracta de regulació jurídica d'activitat de l'Administració pública. Ressalta aquest component jurídic, enfront de concepcions de l'urbanisme eminentment tècniques, Bassols Coma, Martín, *Génesis y evolución del derecho urbanístico español (1812-1956)*, Madrid, Montecorvo, 1973, pàg. 47 i ss.

Sobre la connexió en concret del planejament urbanístic amb altres disciplines no jurídiques, *vide* la STS de 29 de novembre de 1989 (Ar. 8371).

siva generalitat que caracteritza la llei i que resulta d'acord amb l'article 33.2 de la Constitució, en el qual s'estableix una reserva de llei per a la delimitació del dret de propietat.<sup>3</sup>

Partint d'aquestes premisses, i amb una breu referència general al control de la discrecionalitat administrativa, l'autor passa a analitzar els límits a la discrecionalitat en l'ordenació urbanística, constituïts pels elements reglats del pla i els límits imposats directament per la legislació urbanística (estàndards urbanístics —articles del text refós estatal 72.2.d i 3.c i d, 83.2.c, d i fi 4—, normes d'aplicació directa —arts. 16 i 138 i ss.—, definició legal del sòl urbà —que constitueix un concepte jurídic indeterminat, com recorda constantment la jurisprudència, art. 10— i caràcter reglat de la llicència urbanística —expressament al·ludit a l'art. 243.3—), destacant, de manera oposada, la inexistència de límits a l'ordenació de l'ús del sòl constituïts per drets dels particulars derivats d'un pla anterior o de convenis urbanístics.

L'anàlisi es completa amb un capítol (el III) dedicat a la motivació del planejament, on es ressalta la importància de la Memòria del Pla (art. 38 del Reglament

de planejament) com a element crucial de justificació de les decisions urbanístiques discrecionals. Quant a l'aspecte de la motivació, es fa una prospecció jurisprudencial amb referència al control de la seva existència al llarg del procés d'elaboració del planejament.

El segon bloc de qüestions, referides al control de les determinacions discrecionals urbanístiques, se subdivideix, al seu torn, en funció del subjecte encarregat de fer aquest control. El capítol IV s'ocupa del control fet pels ciutadans, articulat en el nostre Dret durant l'elaboració del Pla —mitjançant el tràmit procedimental d'informació pública— i, després d'aquesta, a través de l'acció pública (art. 304 del text refós estatal de 26 de juny de 1992).

Ens sembla singularment interessant el tracte donat per l'autor a la participació ciutadana en la fase procedimental, perquè, com indica, «hi ha al·legacions de mera oportunitat que, fetes davant l'Administració durant la tramitació del procediment, podrien tenir prou força convincent per alterar el model elegit inicialment, i que, tanmateix, davant d'una Sala del Contenciós Administratiu, resultaran inoperants, atès que aquesta no pot decidir amb criteris d'oportunitat».<sup>4</sup>

3. En aquest camp —relació legislació urbanística / plans com a normes jurídiques provinents de l'Administració—, es pot apuntar simplement, com a mera idea a considerar, el mandat contingut a la LBRL (art. 25.2.d) al legislador sectorial perquè aquest atribueixi competència als municipis en matèria d'«ordenació» urbanística. Aquesta funció normativa és exercida pels municipis mitjançant els plans d'urbanisme; d'aquí ve també la necessitat de la limitació en la regulació legal com a manera de donar entrada al poder normatiu municipal. Com indica Embid Irujo, Antonio, «Ordenanzas y Reglamentos municipales», a Muñoz Machado, Santiago (ed.), *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, Civitas, 1988, pàg. 414, «el principi de l'autonomia municipal garantit constitucionalment implica, així, que la llei estatal —o autonòmica, si s'escau— no comprimeixi les competències municipals —i la potestat reglamentària municipal, consegüentment— fins al punt que no es faci veritat el principi de reserva al municipi d'intervenció en tots els afers que afectin el seu vincle d'interessos».

4. Ens sembla important de ressaltar la necessitat no solament que aquest tràmit existeixi —aspecte ressaltat a la jurisprudència citada a l'obra, amb referència específica al tema de la reiteració de la informació pública si l'Administració (sigui la municipal, abans de l'aprovació provisional, sigui l'autonòmica, abans de la definitiva) introdueix «modificacions substancials»— sinó també que es faci amb seriositat, estudiant realment les diverses alternatives que puguin ser presentades. En aquesta línia, l'art. 38 del Reglament de planejament, en referir-se al contingut de la Memòria, exigeix que aquesta contingui el «resultat del tràmit de participació pública en el procés d'elaboració del Pla» (art. 38.2.b) i l'«examen i anàlisi ponderada de les diferents alternatives previstes» (art. 38.4).

Tanmateix, no considerem encertada la consideració que fan diverses sentències del Tribunal Suprem, en indicar que la intervenció dels ciutadans contribueix a dotar l'ordenació urbanística de «legitimitat democràtica». Convé de tenir present que els plans municipals provenen d'una instància de poder —el Municipi— dotada de legitimitat democràtica directa. Una altra cosa és que, efectivament, la participació ciutadana afavoreixi la transparència en les decisions administratives i el seu control social.<sup>5</sup>

El control efectuat, usualment, per la comunitat autònoma, en el moment de l'aprovació definitiva del Pla, és l'objecte del capítol V. La poca concreció i la imperfecció tècnica de la legislació urbanística pel que fa als poders de les comunitats autònomes en l'acte d'aprovació definitiva dels plans municipals (antic art. 41 del text refós de 1976, actuals articles 114 del text refós estatal de 26 de juny de 1992 i 132 del Reglament de planejament) han motivat que hagi estat el Tribunal Suprem el que, especialment des de finals de la dècada dels vuitanta i començaments dels anys noranta, establís a la seva jurisprudència —abundants exemples de la qual es poden consultar a l'obra— una doctrina reiterada intentant delimitar el contingut, l'abast i la manera de dur a terme aquest acte.

Aquesta jurisprudència té el mèrit d'introduir en aquesta qüestió el principi d'autonomia municipal (art. 140 de la Constitució) que, juntament amb la distinció entre interessos locals i supralocals, constitueix el punt d'ancoratge de l'elaboració teòrica jurisprudencial. En principi, la seva valoració, a parer nostre, ha de ser positiva, per bé que precisament la separació casuística del que són interessos merament municipals d'allò que no ho són constitueixi el seu punt dèbil.<sup>6</sup>

Per acabar amb aquest bloc referit al control de la discrecionalitat de l'ordenació urbanística, el capítol VI se centra en l'anàlisi del control a la seu jurisdiccional, pel que fa a l'anul·lació d'aquelles determinacions del Pla no conformes amb l'ordenament jurídic. Després d'una consideració inicial sobre les tècniques generals de control judicial de la discrecionalitat —amb referència especial al paper exercit pels principis generals del Dret—, l'autor destaca la virtualitat del principi general d'interdicció de l'arbitrarietat referit a l'Administració (art. 9.3 de la Constitució), que, en el camp concret de l'ordenació urbanística, ha estat configurat per la jurisprudència del Tribunal Suprem com a connexió lògica de la determinació urbanística discrecional amb la realitat existent abans o després de la seva adopció, i ha tingut nom-

D'igual manera s'ha de tenir present l'art. 86.3 de la LRJPAC, que estableix que els qui presentin al·legacions en el tràmit d'informació pública «tenen dret a obtenir de l'Administració una resposta raonada».

Sobre la importància del procediment com a element de control de la discrecionalitat administrativa, *vide* Malaret García, Elisenda, «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», a Tornos Mas, Joaquim (ed.), *Administración pública y procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1994, pàg. 301 a 326.

5. Recordem que els plans urbanístics municipals són aprovats pel Ple (art. 22.2.c LBRL), i que s'exigeix, a més, un quòrum reforçat (art. 47.1 LBRL).

Algunes idees sobre allò que és sostingut en el text es poden trobar a Castellà Andreu, Josep Maria, «La participación ciudadana en la Administración pública», *RVAP*, núm. 34, 1992, pàg. 39 i ss.

6. Sobre aquest punt, *vide* Tornos Mas, Joaquim, «Aprobación definitiva de planes urbanísticos y autonomía municipal», *La Ley*, T-1991, vol. 2, pàg. 662 i ss.

Creiem que hauria de ser el legislador urbanístic qui aclarís la qüestió. Sobre els antecedents en l'elaboració de l'art. 114 del text refós estatal de 26 de juny de 1992, que, lamentablement, no fa llum sobre la qüestió en la seva redacció definitiva, *vide* pàg. 83 a 85 de l'obra que estem comentant.

broses aplicacions, com es pot apreciar a les copioses referències jurisprudencials contingudes en l'estudi.<sup>7</sup>

En canvi, en opinió de l'autor, «essent el planejament, per essència, desigualtat, poc podrà dir en aquest camp el principi d'igualtat». Pel que fa a aquesta qüestió, és interessant d'apuntar l'existència de diverses sentències del Tribunal Suprem que, en els darrers temps, han anul·lat determinacions discrecionals contingudes en els plans d'urbanisme per vulneració de l'art. 14 de la Constitució, la qual cosa sembla que obre vies interessants en el control judicial de la discrecionalitat en el planejament.<sup>8</sup>

El capítol final del llibre constitueix el seu tercer bloc temàtic i es dedica als poders del jutge contenciosos amb referència a la substitució de la determinació anul·lada prèviament. Aquest tema —juntament amb el dels límits existents al control judicial— és objecte actual de debat

en la nostra doctrina científica, i aquest estudi contribueix al seu enriquiment.<sup>9</sup>

Des del punt de vista de l'autor, podem ressaltar la seva distinció al respecte entre potestats administratives reglades (en les quals aquesta substitució seria viable) i les discrecionals —entre elles, la d'ordenació urbanística—, en què no sempre fóra possible d'anar més enllà de la mera anul·lació de l'actuació de l'Administració, i la fonamentació de la substitució en el dret a una tutela judicial efectiva contingut a l'art. 24.1 de la Constitució.

En definitiva, estem davant d'un estudi urbanístic rigorós i didàctic, de lectura agradable i recomanable, que planteja qüestions d'actualitat candent en el nostre dret administratiu, i que demostra que és possible i desitjable la combinació entre claredat expositiva i profunditat conceptual.

Juli Ponce Solé

7. Sobre el procés de formació d'aquest principi en el dret espanyol i la seva inspiració en la doctrina alemanya sobre el principi d'igualtat en la labor creativa del legislador, *vide* García de Enterría, Eduardo, «¿Es conveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *RAP* núm. 124, gener-abril 1991, pàg. 211 i ss.

8. Entre elles, a títol de mer exemple, la STS de 17 de juliol de 1989 (Ar. 5821). Cal destacar que és freqüent, a la jurisprudència del Tribunal Suprem en aquesta matèria, l'ús confús i indistint de principis com ara el d'interdicció de l'arbitrarietat i el d'igualtat.

9. A part dels treballs doctrinals ja clàssics, i per cenyir-nos als estudis d'aparició més recent, podem citar els del mateix autor de la monografia que estem comentant, «Reflexiones sobre el art. 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del derecho», a Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (ed.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, pàg. 2.311 i ss., i «El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa», a Martín-Retortillo, Lorenzo (ed.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, pàg. 1.187 i ss.; els de Tomás-Ramón Fernández, *Arbitrariedad i discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, «Juzgar a la Administración contribuye también a admitir mejor», *REDA* núm. 76, octubre-desembre 1992, pàg. 511 i ss. «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», *REDA* núm. 80, octubre-desembre 1993, pàg. 577 i ss., el recent estudi «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *REDA* núm. 83, juliol-setembre 1994, pàg. 381 i ss.; els de Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, CEC, 1991, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993; i els de Sánchez Morón, Miguel, *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, i *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.

Carrillo, Marc, *La clàusula de consciència i el secret professional dels periodistes*, col. «Estudis i Recerques», vol. 6, Centre d'Investigació de la Comunicació de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992.

L'obra darrera del doctor Marc Carrillo, catedràtic de dret constitucional a la Universitat Pompeu Fabra, de Barcelona, va molt més enllà de l'estudi acurat dels dos drets específics dels periodistes que hom esmenta en el títol d'aquest llibre, com són la clàusula de consciència i el secret professional. Aquest treball del professor Carrillo és, al meu entendre, un primer tractat actual precís, proporcionat i suficient sobre un vessant especialitzat de la matèria jurídica —sortosament molt prim, ara, a Espanya— com és la legislació sobre l'exercici professional dels periodistes i, per extensió, sobre l'activitat dels mitjans de comunicació com a factors determinants en la construcció de la informació i de l'opinió públiques.

Un cop aplegada i ordenada la munió d'escolis que la lectura d'aquest volum em va esperonar, des de la meua perspectiva de catedràtic de periodisme, em sembla adient exposar en aquest comentari aquelles modestes reflexions meves que coadjuvin a observar l'univers de la comunicació social d'una manera integral o, si més no, complementària entre els diversos punts de vista especialitzats. Altrement, aquesta és també la posició on es va situar Marc Carrillo en confegir el seu llibre. Ell és un professor de dret que sempre ha estat molt a prop del món del periodisme. Fins i tot, l'exerceix com a esplèndid articulista. Forma part del Consell Assessor del Centre d'Investigació de la Comunicació, fundat per la Generalitat de Catalunya, i és un dels assessors jurídics del Col·legi de Periodistes de Catalunya.

Res no és menys sorprenent, per altra banda, que la millor obra actual sobre el règim jurídic espanyol de la informació,

centrat en les figures constitucionals de la clàusula de consciència i el secret professional dels periodistes, sigui aquesta que ha escrit un catedràtic de Catalunya. L'atenció devers els aspectes ètics, jurídics i de dignitat professional és un dels trets més rellevants de la moderna tradició periodística catalana. No és fruit de l'atzar que en el darrer Congrés de Periodistes Catalans, celebrat la passada tardor, a Barcelona, fos proclamat el primer codi deontològic preparat per una corporació professional espanyola. I no ho és, tampoc, que l'assignatura Deontologia professional figuri com a obligatòria en el primer nou Pla d'estudis de la llicenciatura de periodisme aprovat a Espanya, el de la Universitat Pompeu Fabra; pla d'estudis que enguany ha entrat en vigor, en aplicació de les noves directrius estatals sobre aquest títol segregat de l'anterior llicenciatura en ciències de la informació, que ara serà amortitzada.

Tal com el professor Carrillo ho exposa justament en el seu llibre, la clàusula de consciència i el secret professional dels periodistes són dos drets constitucionalitzats a Espanya a causa de les iniciatives eixides a Catalunya des de la primeria de l'anomenada transició democràtica. L'antiga Associació de la Premsa de Barcelona, bressol de l'actual Col·legi de Periodistes de Catalunya, tingué un paper reeixit en el reconeixement d'aquests dos drets professionals que inclou l'article 20 de la Constitució Espanyola, de 29 de desembre del 1978. Fou aquella organització professional, aleshores també sota la presidència de l'actual degà Josep Pernaú, la impulsora d'un seguit de gestions que facilitaren que dos polítics catalans vinculats a la preparació dels textos constitucionals, Miquel Roca Junyent i Jordi

Solé Tura, especialment receptiu pel que feia a aquesta reivindicació, aportessin aquesta novetat a la norma fonamental espanyola. Cal dir també que fou l'actual director del Centre d'Investigació de la Comunicació, el periodista Wifredo Espina, l'autor d'una comunicació, presentada en el Círculo de Estudios Jurídicos, de Madrid, que esdevingué el document primigeni d'aquest procés de constitucionalització de la clàusula de consciència i del secret professional dels periodistes espanyols. No es endebades recordar, finalment, que aquesta tradició recent catalana de capteniment pel progrés professional periodístic té ja uns antecedents llunyans en l'activa participació d'Eugeni d'Ors en un congrés celebrat a Sevilla, en els anys 20, on va defensar criteris de rigor universitari en la formació dels periodistes, criteris vinculats a principis d'autoregulació professional.

L'objecte central del llibre del cate-dràtic Marc Carrillo és, certament, l'anàlisi dels drets a la clàusula de consciència i el secret professional dels periodistes, però tal com he escrit d'antuvi, abasta excel·lentment les condicions prèvies i el marc general que condicionen el seu contingut i el seu desplegament. Mancats, com som encara, d'una regulació d'ambdós drets per la via de la legislació ordinària, el treball meritori de Carrillo, projectat en aquest llibre, s'ha centrat en un estudi sistemàtic i molt acurat de la jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre llibertat d'expressió i dret a la informació. És en aquest ordre de coses on, al fil de la meua lectura com a especialista d'una altra matèria, he observat l'extremada convergència de conceptes i criteris d'interpretació jurídica i de teoria del periodisme que cal conjuminar amb l'objectiu d'avançar en un afinament de l'aplicació dels drets dels periodistes.

Un dels conflictes més freqüents és el relatiu als límits que respecte a la lliber-

tat d'expressió assenyalen el Codi penal (articles 453 a 467) i la Llei orgànica 1/1982, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge. L'obra de Carrillo aborda dos defectes d'aquesta darrera norma legal: la no-distinció entre fets i opinions, i l'excessiva ambigüitat dels articles 2.1 i 7.7. Aquest darrer precepte, concretament, afavoreix una interpretació subjectivista pel que fa al concepte de difamació, en el sentit que pot afectar l'exercici de qualsevol mena de crítica, incloent-hi aquella que hom pot fer en el camp de la literatura o de les arts. Certament, l'apreciació arbitrària de la naturalesa i l'abast de la difamació pot menar, fins i tot, a l'aplicació de mesures incoherents i regressives. La història del periodisme ens ofereix exemples significatius. A l'Anglaterra del segle XVII, la lògica que es va imposar en la interpretació de la llei del libel degenerà en el principi de considerar que com més gran era la veritat continguda en la informació més gran era el greuge que calia condemnar.

La consideració d'aquests elements valoratius, que intervenen en la regulació de la llibertat d'expressió i del dret a la informació, ens revelen la necessitat que els estudis de dret constitucional i els estudis de teoria del periodisme avancin plegats vers la determinació de conceptes que són aplicats en l'enjudiciament de la tasca dels periodistes i en les accions de tots aquells que utilitzen els mitjans de comunicació pública. Pensem, per exemple, en l'exigència de fixar una definició compartida d'una noció boirosa, tan emprada pel Tribunal Constitucional i per les doctri-nes jurídica i periodística, com és la de «l'interès públic» de la informació difosa; o aquest mateix principi de l'interès públic combinat amb l'avaluació de les persones afectades en funció de si són persones públiques o persones anònimes, distinció que obliga a introduir la

noció periodística de l'excepcionalitat subjectiva i de l'objectiva.

El treball de Carrillo sobre hermenèutica jurídica ens convida, també, a plan-tejar la descripció de les nocions de ve-racitat i de diligència, utilitzades molt sovint en la interpretació de la norma constitucional espanyola respecte al tre-ball d'aquells que exerceixen el periodis-me d'informació. Els nous corrents doc-trinals en matèria de periodística, ultra dirigir les seves recerques vers una deter-minació del concepte de veritat que es configuri des de la posició plural dels di-versos observadors, es decanten per la no-ció de cura (l'*accuracy* anglosaxona, la ve-lla *accuratio* llatina), pel fet que engloba alhora els valors de rigor, precisió, for-mació prèvia, documentació i contrast de versions que ha de mobilitzar el perio-dista en l'exercici de l'acte professional d'informar.

Una novetat remarcable que aporta el llibre de Carrillo a la bibliografia especia-litzada és la síntesi completa que fa dels antecedents i de la realitat actual en ma-tèria d'estatuts de redacció i de consells de premsa. Però, no cal dir, que pel que fa a l'estudi de la clàusula de consciència i el secret professional, la seva obra esdevé imprescindible i d'un interès actual in-discutible. No hem d'amagar que l'aparició i la creixença d'aquestes dues figures del règim jurídic de la informació respon-ten a una etapa històrica recent. Són dos drets, com diu Carrillo, que tenen el seu origen en el constitucionalisme d'entre-guerres. Cal afegir-hi, però, que des de la perspectiva de la teoria del periodisme són dos recursos de defensa professional molt representatius de la fase d'evolució del sistema de comunicació social coneguda com l'etapa «professionalista». Hi

ha molts paral·lelismes, certament, entre les dues òptiques, la jurídica i la perio-dística, que hom pot aplicar a l'observa-ció d'aquesta part de la història. A l'etapa de l'Estat liberal correspon el domini, en periodisme, dels fèndems anomenats «hegemonistes», centrats en la idea del «quart poder» (la premsa) confrontat amb els poders de l'Estat. A una etapa posterior, de decantament vers un Estat més intervencionista, correspon l'etapa «professionalista», caracteritzada pel de-xondiment d'una consciència professional extremada que aspirava a superar, des d'aquesta tercera via, l'enfrontament en-tre empreses informatives i poder polític. És l'etapa de desclosa de les organitza-cions professionals i sindicats de perio-distes, i de l'aparició, no cal dir, de drets com la clàusula de consciència i el secret professional.

L'obra del doctor Marc Carrillo és molt esclaridora respecte a aquest procés evolutiu i a les seves perspectives futures, en les quals es modificarà, tanmateix, un concepte d'aquests drets que, en deter-minats moments, era excessivament cor-porativista. En la projecció actual i de fu-tur de la regulació i aplicació d'aquests drets no podem bandejar, com es feia abans, el paper dels receptors, el dret dels ciutadans afectats per la informació, els drets objectius de la societat que, des de la perspectiva d'una concepció demo-cràtica avançada, han de fer-se compati-bles amb els drets individuals i subjec-tius. El treball del professor Carrillo aporta aquesta dimensió de progrés a la recerca universitària especialitzada en aquest camp fronterer, tan determinant, entre dret i periodisme.

Josep M. Casasús i Guri

