

ventajas o desventajas de uno u otro modelo de conformación institucional islas-comunidad, del que cada uno puede extraer diferentes conclusiones. Defenderá, en cualquier caso, una opción que pase por una necesaria y eficaz articulación de las islas con la Administración de la Comunidad Autónoma a fin de que, aun a pesar de la atribución de una función coordinadora, esta última no pierda peso específico a la hora de acometer determinadas actuaciones de interés comunitario, como pueda ser la negociación con el Estado del desarrollo del régimen especial para la compensación de la insularidad previsto en la Ley 30/1998, de 29 de julio.

Se trata, en definitiva, de evitar el resultado actual del proceso autonómico, que, en palabras del autor, nos ha conducido a las Illes Balears al grupo de las Comunidades Autónomas que tiene menos competencias, el grado más bajo de autogobierno, que acumula muchos hechos diferenciales, pero que es una región que aporta al Estado más de lo que recibe y a la vez acumula déficits en materias tan importantes como la sanidad, las infraestructuras y la educación.

En definitiva, la obra editada por el *Institut d'Estudis Autonòmics* aparece en un momento trascendental en que soplan una vez más vientos que, al menos aparentemente, conducen a un nuevo impulso autonómico y que, sin duda, servirá para poner claramente de manifiesto el agravio histórico sufrido por nuestra Comunidad en cuanto a la obtención de una cuota de autogobierno digna en el marco del Estado de las Autonomías aún no concluido.

Jaume MUNAR FULLANA
Profesor Asociado de
Derecho Administrativo
Universitat de les Illes Balears

CRAIG, Paul, y RAWLINGS, Richard (eds.):
Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow, Oxford University Press, Oxford, 2003, 304 págs.

Este libro reúne catorce ensayos escritos por varios de los autores anglosajones

más prestigiosos del campo del Derecho administrativo, con ocasión de la jubilación de Carol HARLOW como profesora de Derecho público en la London School of Economics (LSE). Los editores de la obra, Paul CRAIG y Richard RAWLINGS, destacan en el prefacio la notable contribución de Carol HARLOW a la doctrina administrativista británica contemporánea por la variedad de temas abordados y por la riqueza de enfoques practicada en sus trabajos, combinando la perspectiva teórica y práctica, la histórica y la comparativa, así como su disposición personal al debate crítico.

El espíritu que inspira la concepción y la extensión del libro es ya una auténtica demostración de admiración y respeto hacia la profesora HARLOW. En lugar de una abigarrada serie de artículos eruditos o de ocasión sobre los temas más dispares, los autores debaten críticamente algunos de los planteamientos defendidos por la autora homenajeada en sus publicaciones, o aplican su mismo espíritu crítico —alcanzando conclusiones convergentes o divergentes, según los casos— a diversos temas de sus principales áreas de interés (que cubren una parte importante del Derecho público); y lo hacen en una extensión deliberadamente contenida. El resultado es de una coherencia y de una frescura poco usuales en este tipo de obras. Su lectura, muy estimulante, proporciona una visión dinámica sobre algunos importantes debates del Derecho administrativo inglés, que, como es sabido, ha experimentado importantes transformaciones en las últimas décadas (la definición del ámbito de lo público, la transferencia de poderes a Escocia, Gales e Irlanda del Norte, la incorporación de los derechos humanos, la ley de acceso a la información pública, la influencia del Derecho comunitario, etc.), hasta el punto de que algunos de los autores incluidos en el volumen hablan de «un nuevo orden constitucional» (J. JOWELL, pág. 67).

El título del libro quiere rendir homenaje, en primer lugar, a uno de los textos más originales de la doctrina administrativista inglesa contemporánea, escrito conjuntamente por los profesores HARLOW y RAWLINGS y cuya primera edición data de 1984 (*Law and Administration*, 2.^a ed., Butterworths, Londres, 1997); en se-

gundo lugar, refleja la preocupación de la profesora por los desafíos tanto de la europeización del Derecho administrativo interno como de la emergencia de un Derecho administrativo comunitario.

En la citada obra *Law and Administration*, HARLOW y RAWLINGS clasificaron las doctrinas del Derecho administrativo inglés en dos grupos: doctrinas de «luz roja» (*red-light theories*) y doctrinas de «luz verde» (*green-light theories*). Según esa clasificación, la postura tradicional (cuyos exponentes serían DICEY y WADE) habría contemplado el Derecho administrativo como un instrumento diseñado para «detener» la actividad administrativa ilegal, esto es, como un mecanismo limitativo. La misión del Derecho administrativo sería proteger los derechos individuales, y el control judicial constituiría el principal instrumento para ello. En cambio, la posición alternativa considera que la misión del Derecho administrativo es contribuir a la consecución del interés general. Para ello, primero debe identificar y, después, promover buenas prácticas administrativas, esto es, encauzar positivamente la actividad administrativa (la «buena administración») en vez de constreñirla. Los partidarios de esta concepción desconfían de un control exclusivamente jurídico y externo de la actividad administrativa —como es el control judicial— y depositan sus esperanzas en instrumentos alternativos, internos y «políticos», como son los defensores del pueblo, las investigaciones y el funcionamiento de las autoridades (participación, transparencia, etc.).

Esta contraposición «rojo/»verde» ha hecho escuela en la doctrina administrativista inglesa y aparece en varios de los ensayos aquí publicados. De hecho, los dos primeros ensayos comparan y contrastan precisamente la utilidad e importancia de dicha clasificación. En el primer ensayo, titulado «Theory and Values in Public Law», Peter CANE analiza la relación entre el Derecho y la política. El autor sostiene que la atención otorgada por determinados autores —en alusión a la propia homenajeadá y a varios de los autores que participan en el volumen— a la teoría política que subyace a las normas jurídicas o que encarnan las instituciones jurídicas ha distraído de la necesaria ocupación con los valores immanentes

del Derecho. Con el término «valores», CANE se quiere referir a los principios generales más abstractos, como igualdad ante la ley, protección del ciudadano, acceso a los tribunales, descentralización territorial y funcional del poder, transparencia, participación, promoción del interés público y primacía del Derecho europeo. Para CANE, la contraposición entre teorías de «luz roja» y de «luz verde» puede ser útil como elemento pedagógico, pero considera que se basa en falsas dicotomías. La misión del Derecho administrativo debe ser tanto facilitar como constreñir el ejercicio del poder, tanto promover el interés general como proteger los intereses individuales.

El segundo ensayo, escrito por Paul CRAIG, es, como anuncia su título («Theory and Values in Public Law: A Response»), una réplica en toda regla al anterior. Para CRAIG, dedicar una atención considerable a la teoría política no significa descuidar los valores jurídicos, como lo acredita tanto su obra como la de otros autores. Lo que determinados autores como él creen es que la interpretación atribuida a dichos valores jurídicos a menudo pone de relieve puntos controvertidos que conducen a la teoría política o a la teoría del Estado, y que dicha teoría puede enriquecer nuestra comprensión de dichos valores. Esta idea es desarrollada y concretada a propósito de algunos conceptos centrales del Derecho público (soberanía, *rule of law*, separación de poderes) y algunas cuestiones doctrinales. Naturalmente, arguye, nadie pretende que una sola teoría política haya de explicar la totalidad del ordenamiento jurídico vigente. El impacto de las teorías puede variar en el tiempo y varias teorías pueden ser influyentes al mismo tiempo. Justamente, en las dos últimas décadas se han producido importantes cambios en la naturaleza del gobierno. La privatización, la encomienda de funciones públicas a terceros, el nuevo *public management*, etc., son su manifestación concreta. Es muy difícil —sostiene CRAIG— abordar estos temas sin atender a la teoría política subyacente que informó esas políticas, aunque aspectos de dicha política hayan sobrevivido a sus protagonistas (la Nueva Derecha) y hayan orientado a los gobiernos sucesivos.

CRAIG señala, por otra parte, que la dicotomía de las teorías de «luz roja» y «luz verde» pretende captar la concepción del Derecho administrativo imperante en una determinada época. El hecho de que el enfoque de «luz roja» ya no tenga la preponderancia que tenía en otro tiempo no significa que podamos o debamos ignorarlo para comprender la evolución que ha tenido lugar posteriormente. La dicotomía rojo/verde expresa actitudes muy diferentes con respecto al Estado de Administración y visiones muy diferentes con respecto a la respuesta jurídica y política adecuada y sobre el objetivo general del Derecho administrativo. La cuestión no es si debemos tener tanto controles internos/políticos como externos/jurídicos, sino la concreta combinación y configuración de esos controles. Un partidario de las teorías de «luz verde» reconoce la necesidad de controles externos/judiciales, pero eso no significa que acepte los mismos controles jurídicos que un partidario de las teorías de «luz roja». Además, hay cuestiones que no se pueden reconciliar: una percepción de que el Derecho administrativo se ha de ocupar de promover la libertad, concebida en términos negativos como ausencia de injerencias exteriores, no puede ser reconciliada con la concepción de que su objetivo sea promover la libertad individual y colectiva concebida en términos positivos.

El trabajo de Jeffrey JOWELL («Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence») aborda la extensión del control judicial al amparo de la *Human Rights Act* de 1998. Su tesis es que las dos perspectivas emergentes sobre el alcance de la «deferencia» que los tribunales deberían reconocer al Parlamento y demás órganos que ejercen funciones públicas (por un lado, los tribunales deben inclinarse ante las decisiones del legislativo y de quienes ejercen poderes delegados en materias de interés público; por otro, los tribunales deben permitir poco o ningún ámbito de discrecionalidad y deben evaluar esas decisiones según los estándares de legalidad del Derecho administrativo interno) se basan en una idea equivocada de la competencia relativa de los tribunales y las demás instituciones en un orden constitucional que ha sido modificado. A su juicio, la citada *Act* permite cierto

margen de «deferencia» hacia las valoraciones de las autoridades cuyos actos revisan, pero esa deferencia ya no se basa en el estatus constitucional superior de dichas autoridades (esto es, la supremacía del Parlamento o de los órganos que actúan por delegación), sino en la capacidad relativa de los tribunales y demás autoridades para decidir un asunto, en el contexto del concreto derecho implicado.

Varias contribuciones ahondan en el escepticismo o en el rotundo rechazo, según los casos, mostrado por Carol HARLOW respecto a diversas cuestiones: la delimitación entre Derecho público y privado, la importación de conceptos jurídicos de Europa ajenos a la tradición inglesa, la centralidad que los derechos subjetivos están alcanzando en un sistema jurídico que históricamente había atendido sólo a la idea de *wrongs* y de *remedies*, los intentos de aplicar en materia de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos soluciones distintas de las que rigen entre particulares o la elaboración de un detallado código de procedimiento administrativo para Europa al estilo alemán. Así, el ensayo de Dawn OLIVER («English Law and Convention Concepts») arremete contra «las categorías selladas herméticamente» y «las distinciones rígidas» de cualquier tipo (en alusión, obviamente, a las continentales). Las tesis de la autora enlazan con los postulados de HARLOW: el *common law* debe confiar en sus propios recursos, y la tradición del *common law* tiene mucho que ofrecer a las tradiciones jurídicas europeas en un periodo en el que se difuminan los contornos de los conceptos, porque está acostumbrada a operar sin categorías herméticas, sobre la base del concepto de *wrongs* y con *remedies* flexibles.

En cambio, el ensayo de Michael TAGGART («The Peculiarities of the English: Resisting the Public/Private Law Distinction») discute la pertinaz resistencia de HARLOW ante la distinción entre Derecho público y privado a la luz de los desarrollos del Derecho administrativo (privatización, etc.). A lo largo de sus obras, HARLOW ha abogado por un Derecho público basado preferentemente en los *remedies* del Derecho privado (lo que denomina un *private law model of public law*), defendiendo al mismo tiempo la integra-

ción de los valores iuspublicistas (transparencia, publicidad, racionalidad, responsabilidad, participación, independencia, equidad e igualdad) en los *remedies* del Derecho privado, a fin de proteger el interés general. A su juicio, la distinción entre Derecho público y Derecho privado no habría servido de protección eficaz ante la *blitzkrieg* privatizadora. TAGGART sostiene que la postura de HARLOW ante los desarrollos del Derecho administrativo es problemática: en el campo del Derecho privado los valores iuspublicistas llevan las de perder; HARLOW subestimaría los impedimentos estructurales e ideológicos para la penetración de los valores iuspublicistas en el Derecho privado. Con su rechazo a la distinción público/privado, con su énfasis en la tradición y en el carácter inglés —ironiza TAGGART—, HARLOW, continuadora de una tradición jurídica inglesa crítica y orientada a la izquierda de profesores del LSE, vendría a encontrarse muy cerca de DICEY, el autor tan combatido por ella, al que, por ejemplo, reprochaba la responsabilidad en la difusión de la idea, a su juicio nefasta, de que el Derecho es apolítico.

Desde el otro lado del Atlántico, Martin SHAPIRO («Trans-Atlantic: Harlow Revisited») pone de relieve las diferencias entre las posturas de HARLOW y las suyas propias, en el contexto de dos ordenamientos jurídicos diferentes (inglés y americano). HARLOW ha manifestado repetidamente sus recelos ante el activismo judicial excesivo. Su temor es que ese activismo lleve a los jueces a supervisar lo que, en esencia, son procesos políticos, y que la autoridad judicial juegue un papel político considerable. SHAPIRO no cree que el control judicial sea la panacea, pero es preferible a nada. El debate de ideas salta de la experiencia americana a la europea, con el trasfondo del emergente Derecho administrativo comunitario: aquí se trata de lograr que el proceso legislativo comunitario (sobre todo el ligado a la comitología) sea más transparente, racional y participativo. SHAPIRO admite que controlar a los tecnócratas es difícil a largo plazo: en el periodo inicial los jueces pueden imponer sus exigencias a los expertos (quizá disfrazando, como teme HARLOW, sus discrepancias políticas de interpretaciones jurídicas o de infracciones al pro-

cedimiento), pero los tecnócratas aprenden a cumplir las exigencias legales antes que los jueces a tratar con cuestiones técnicas. Pero, aun así, prefiere que si, por ejemplo, hay que hacer un reglamento sobre la cría de pollos, éste sea hecho por diez expertos en avicultura y un juez que, simplemente, por diez expertos: al fin y al cabo, la idea de pollo del juez siempre estará más próxima de la del ciudadano que la visión colectiva de los diez expertos. Además, el estilo tecnocrático de la legislación comunitaria delegada (comitología) no hará más que promover el activismo judicial, porque quienes no participan en el proceso normativo tenderán a combatir las normas adoptadas sin su participación, presionando hacia un activismo judicial mayor que el actual. Y, aun con sus riesgos inherentes, su opinión es que, a largo plazo, los procesos normativos de la Unión Europea serán mejores, desde la perspectiva de la transparencia, participación y racionalidad, con este activismo judicial que sin él.

El ensayo de Mark FREEDLAND («Government by Contract Re-examined—Some Functional Issues») examina las formas público-privadas de prestación de servicios públicos dominantes en las dos últimas décadas. El autor se centra en los aspectos institucionales. Arguye que la actuación administrativa que se engloba bajo la expresión *Government by Contract* debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo también la creación y el funcionamiento de las estructuras necesarias para que tengan lugar los acuerdos contractuales o paracontractuales de los servicios públicos. El objetivo y la práctica del *Government by Contract* requiere transformaciones institucionales iniciales y sucesivas, no sólo contractuales. Precisa de la creación de nuevas instituciones o la reformulación de las existentes para que puedan ser útiles en los nuevos sectores de actividad público-privada, ya sea para concluir contratos, para actuar como reguladores o para actuar como creadores de mercados (ficticios). En la medida en que el *Government by Contract* adquiere mayor importancia, el papel que asume la Administración como creadora de un sucedáneo de mercado en el que puedan encontrarse, en condiciones parecidas a las de mercado, quien demanda la

provisión de servicios públicos (el poder público) y quien debe ofrecerla (empresas del sector privado) es cada vez más sofisticado y complejo (piénsese en la provisión de servicios públicos donde no existe previamente un mercado privado, como la construcción y gestión de prisiones).

El trabajo de Alec STONE SWEET («Integration and the Europeanization of the Law») enlaza con la preocupación de HARLOW por conocer el funcionamiento real del Derecho, su contexto, sus causas y consecuencias. En un amplio y prolongado proyecto de investigación, del que ahora resume sus resultados, el autor ha indagado en la dinámica expansiva, autoalimentada, que constituye el proceso de integración europea. Para ello ha analizado con técnicas econométricas y estadísticas cuatro procesos, considerados como indicadores clave del proceso de integración europea, entre los cuales existen relaciones de causalidad: los intercambios comerciales, el número de casos ante el Tribunal de Justicia, el número de actos normativos adoptados por las instituciones comunitarias y el número de *lobbies* instalados en Bruselas. El crecimiento de los intercambios comerciales provoca un aumento de los litigios, porque los operadores económicos transnacionales descubren normas y prácticas nacionales que ponen obstáculos a sus actividades. En la medida en que avanza la integración negativa, los operadores demandan la eliminación de más obstáculos y ello redundará en la ampliación de la legislación (integración positiva). Al mismo tiempo, el incremento de reglamentos y directivas redundará en el reconocimiento a los actores transnacionales de nuevos derechos, y ello aumenta también la litigiosidad para exigir a las autoridades nacionales el cumplimiento de dichos derechos. Y la creciente importancia cuantitativa y cualitativa de las normas comunitarias trae como consecuencia un número cada vez mayor de *lobbies* instalados en Bruselas, que a su vez presionan eficazmente por introducir cada vez más normas que les ayuden a modificar o eliminar las normas nacionales... En todo este proceso interactúan diversos actores (operadores económicos, Comisión, jueces nacionales y Tribunal de Justicia). Los gobiernos de los Estados miembros no son los princi-

pales actores: actúan ante la presión combinada de los operadores económicos, la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal, y sólo ratifican soluciones básicas ya alcanzadas por la interacción coordinada entre dichos actores.

El ensayo de Adam TOMKINS («Of Institutions and Individuals: The Enforcement of EC Law») indaga en la teoría del Derecho administrativo europeo. HARLOW y RAWLINGS han afirmado que detrás de cada teoría del Derecho administrativo late una teoría del Estado. La tesis de TOMKINS es que el objetivo del Derecho administrativo comunitario es garantizar la ejecución del Derecho comunitario, especialmente frente a las autoridades estatales. Reconoce que la idea puede parecer algo banal, pero subraya la profunda diferencia con respecto a la experiencia del Derecho administrativo inglés. Su trabajo muestra convincentemente cómo la jurisprudencia no ha cesado de desarrollar ese objetivo general. Para ello ha construido progresivamente un modelo de ejecución que denomina «individual» (aunque el protagonismo corresponde principalmente a las empresas transnacionales), en detrimento del modelo «institucional» de ejecución expresamente previsto en los artículos 226-228 CE. Las piezas angulares de ese modelo «individual» de ejecución serían la doctrina del efecto directo, la doctrina de la interpretación de conformidad con las directivas, la erosión del principio de autonomía institucional de los Estados miembros (asunto *Factortame*) y la doctrina de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho comunitario (asunto *Francovich*). El autor sostiene que el Tribunal ha perdido de vista que, para que sea efectiva, la ejecución del Derecho comunitario no tiene que ser necesariamente instigada por los actores individuales, bastando en casos como *Factortame* o *Francovich* con los mecanismos previstos en el Tratado. El Derecho administrativo comunitario se ha esforzado en otorgar al ciudadano europeo una posición fuerte en la ejecución del Derecho comunitario cuando interviene ante los tribunales estatales, no cuando comparece ante la Comisión. Es hora —sostiene el autor— de atender al significado constitucional que puede corresponder a la Comisión y a sus técnicas

y procedimientos de ejecución institucional. Si el Derecho administrativo ha de aportar su contribución al desarrollo constitucional de la Comunidad, el artículo 226 CE tiene que ocupar una posición más central.

Otros ensayos abordan el concepto de representación en la teoría constitucional (Martin LOUGHLIN), el tema de la legitimidad/legitimación de la Unión Europea (Rodney BARKER), los fundamentos constitucionales de la Unión Europea (Trevor C. HARTLEY), los desafíos y oportunidades en Europa (Richard RAWLINGS) y la compleja y candente relación entre las exigencias de seguridad *nacional* y el carácter *universal* de los derechos humanos (Elspeth GUILD).

En suma, se trata de un conjunto de reflexiones muy sugerentes, de voces de una innegable personalidad, en ocasiones discrepantes pero nunca disonantes, animadas por una concepción crítica del Derecho administrativo y, al mismo tiempo, aferrada a ciertos valores iuspublicistas, ante transformaciones profundas de los modelos administrativos tradicionales. A diferencia de los usos existentes en otras latitudes, el carácter de *Festschrift* del volumen no es óbice para incluir —en la buena tradición anglosajona— el imprescindible índice de voces y los índices de la jurisprudencia y de la legislación nacional e internacional mencionadas en las diversas contribuciones, además de una relación de las publicaciones de la profesora HARLOW.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN

DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad «versus» interés público (Especial referencia al sida, técnicas de reproducción asistida e información genética)* (Prólogo de José Luis PIÑAR MANAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 243 págs.

La protección de los derechos fundamentales ha sido siempre objeto de intensa atención por parte de los juristas. Pero

no cabe duda de que existen algunos que presentan una relevancia reduplicada en la moderna sociedad de la información y del conocimiento en que nos vemos inmersos. Característicamente, uno de ellos es el derecho a la tutela de la información personal. No obstante, incluso en el marco de este ámbito existen líneas de investigación preferentes y, desde luego, la protección de los datos personales de carácter sanitario puede considerarse con plenitud una de ellas. En efecto, en los últimos años estamos asistiendo a una eclosión normativa y doctrinal —esta última de calidad, en verdad, muy desigual— enderezada a una mejor regulación de la información médica desde todos los puntos de vista (*).

El trabajo de Noelia DE MIGUEL —galardonado con el accésit *Protección de Datos Personales 2002*, otorgado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)— tiene el primer e inusual mérito

(*) La profusión de trabajos no se limita al panorama nacional y, desde luego, en otros países el interés doctrinal por esta materia ha sido mucho más precoz. Así, quiero pensar ahora en tres investigaciones italianas en la materia: J. MONDUCI, *Diritti della persona e trattamento dei dati particolari*, Milano, 2003, págs. 83 a 138; G. P. ZANETTA y C. CASALEGNO, *La tutela della privacy nella sanità (il trattamento dei dati personali e sensibili)*, Milano, 1998, así como C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Trento, 1995, en cuyas págs. 125 y ss. se abordaba ya esta problemática en el ordenamiento español entonces vigente. Para España, remitimos ahora a los trabajos de M. ALONSO OLEA y F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas, Madrid, 2003; R. DE LORENZO y MONTERO, *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Colex, Madrid, 2003, así como P. GONZÁLEZ SALINAS y E. LIZÁRRAGA BONELLI (coords.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 2004.