

también que el lector hubiera agradecido la inclusión de unas conclusiones finales que facilitarían la comprensión sintética de las diferentes opiniones y la evolución del tema en la época estudiada a través de las distintas escuelas canónicas.

ELOY TEJERO

## División de poderes

ERWIN MELICHAR, *Von der Gewaltentrennung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiete des Strafrechtes*, 1 vol. de 100 págs., Ed. Manzschke und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1970.

«El principio de la separación de poderes da lugar a una infinidad de problemas, que se manifiestan además de diversos modos según se tome un punto de vista material o formal. La dificultad de hallarles solución aumenta cuando el ordenamiento constitucional positivo contiene, como en el caso de Austria, elementos de uno y otro enfoque».

Con estas palabras comienza el epílogo de un denso estudio presentado por el Prof. Melichar como ponencia para las deliberaciones del *Juristentag* austríaco en sus reuniones de 1970. El trabajo llama la atención desde el primer momento por estar originado en un país cuyo texto constitucional sigue estando prestigiado por la imagen de los grandes maestros de la Escuela de Viena, y por la circunstancia de que, pese a esta ilustre prosapia, dicho texto proporciona serias dudas y dificultades a sus aplicadores y expositores.

Para abordar la delicada problemática referente a la separación de las funciones de gobierno en Austria y formular propuestas de mejoramiento por vía de interpretación constitucional, el autor se ve inexcusablemente precisado a repasar, siquiera brevemente, la tortuosa trayectoria intelectual que ha seguido la teoría de las funciones de

gobierno, con el fin de obtener una delimitación conceptual de las mismas.

Dado que la Constitución austríaca distingue legislación y ejecución, dividiendo luego ésta en administración y jurisdicción, el autor se siente forzado a tomar la trilogía como un dogma del que partir. Su punto de vista es exclusivamente jurídico, por lo cual deja enteramente al margen la cuestión de si la teoría de las funciones no debería desarrollarse más adecuadamente incluyendo en ella componentes no jurídicos. De todos modos, Melichar nos ofrece una útil panorámica breve y sólidamente documentada sobre el estado en que se encuentran las discusiones entre los especialistas de lengua alemana.

Tras la sucinta revisión de teorías, llega a la conclusión de que hoy por hoy no es posible presentar una delimitación teórica suficientemente segura de las tres funciones aludidas si se toma el punto de vista material o de contenido. Es una conclusión por lo menos desalentadora, que nos invita fácilmente a preguntarnos esto: si no comenzamos diferenciando las funciones en razón de su naturaleza propia o estricta, ¿cómo podremos luego hablar de las mismas en un sentido puramente formal?

El autor, no obstante, intenta a continuación, recurriendo a ello como un «mal menor», definir los componentes de la trilogía según el enfoque formal. Y así, primeramente, entiende que la legislación consiste en la aplicación inmediata de las normas supremas de la Constitución cuando de ella nacen otras normas de carácter general. Por su parte, la administración y la jurisdicción consistirán en la ejecución o aplicación mediata de la Constitución, mediante normas generales o individuales, así como en la aplicación inmediata produciendo decisiones para destinatarios concretos.

Sin negar el valor del esfuerzo, nos produce perplejidad la conclusión. Esta presupone nada menos que un concepto preciso de Constitución, con el que el autor no se enfrenta.

Con un buen bagaje de razones pone luego de manifiesto la dificultad de hallar un criterio que permita diferenciar administración y jurisdicción. Dada la imposibilidad de establecer una plausible distinción material, estima que no existe otra solución que recurrir a los distintos principios organizatorios en que se fundan los dos complejos orgánicos denominados Administración y Jurisdicción. Si ésta se caracteriza esencialmente por el postulado de la independencia y su colorido de la inamovilidad, aquélla tiene como nota especificativa su

estricto ajuste a la idea de jerarquía, que supone rigurosa subordinación de cada miembro a las instrucciones del superior para cada caso concreto.

También aquí habría lugar para extensas consideraciones críticas que una breve reseña no permite. Baste indicar que, así como al definir formalmente la legislación el autor pasa por alto las ideas de representación política y deliberación parlamentaria, al intentar distinguir administración y jurisdicción olvida el peculiar *modus procedendi* de administradores y jueces, respectivamente. Es notorio que por formas jurídicas se entienden sobre todo los procedimientos de actuación de los órganos que producen y aplican el Derecho.

Pero si dejamos aparte estas observaciones y tomamos los conceptos del autor como hipótesis de trabajo, hemos de reconocer el meritorio esfuerzo que con ellos ha realizado para clarificar la ordenación positiva austríaca en materia de separación de funciones. Para conseguir esto ha tenido que combinar el uso de dichos conceptos con los elementos de diferenciación material que en el texto de la Constitución aparecen acogidos. Se pueden señalar como muestras importantes las cuestiones siguientes:

—Exigencias derivadas de la garantía constitucional de juez legal (Constitución, art. 83, II) a la luz del principio según el cual «la Justicia ha de estar separada de la Administración en todas las instancias» (art. 94).

—Consecuencias de los artículos 5 y 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre (incorporada al ordenamiento austríaco como parte de la Constitución) para el deslinde de competencias entre Administración y Jurisdicción.

—Valor que se haya de dar al concepto constitucional de «administración de la jurisdicción» (art. 87, III) para ese mismo deslinde.

JOSÉ ZAFRA

## Desamortización en España

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en Es-*

*paña*, 1 vol. de 172 págs. Ed. Ariel, Barcelona, 1971.

El estudio global de la génesis y evolución del fenómeno de la desamortización en España se presenta como una tarea sugestiva y apasionante; y ello en cuanto la desamortización va fuertemente unida en nuestro país a acontecimientos económicos, y por consecuencia políticos, que van a actuar como datos fundamentales en la configuración de la sociedad española contemporánea. Una iniciación en estos temas resulta interesante para todo estudio de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en España.

Esta iniciación, de modo atrayente, la ofrece la obra que comentamos, especialmente valiosa para el jurista en cuanto su línea de desarrollo gira en torno a la evolución legislativa durante toda la larga época que conoce estos fenómenos, desde su iniciación en el pensamiento ilustrado de los ministros de Carlos III, hasta las disposiciones de la Ley Madoz de 1855, última desamortización general en España.

1. La idea desamortizadora en España tiene su origen, como tantas otras ideas que se difundieron en el siglo XIX, en el pensamiento de los «ilustrados». Así el reinado de Carlos III va a conocer los primeros esbozos legislativos de este fenómeno, en la elaboración del llamado «Expediente para la Ley Agraria», que iniciaría los estudios de la Administración Real sobre la posible reforma del campo, que no llegaría a llevarse a cabo. Desamortización y reforma agraria serán de este modo dos términos que caminarán durante la Ilustración unidos en relación de medio a fin.

Era, la reforma que se pretendía iniciar entonces, un intento, en base a lo que llama el autor «el liberalismo económico más ortodoxo», de que «liberalizando» la masa ingente de bienes en manos muertas (fundamentalmente bienes comunales y bienes del clero, secular y regular) se permitiría a la agricultura poder desarrollar su prosperidad «natural», forzando a una masiva extensión de los cultivos y aumentando, de este modo, la masa de propietarios, dentro del carácter más economicista que social del pensamiento de estos hombres (Olavide, Jovellanos).

Si frente a los municipios no se duda a finales del XVIII en pedir firmemente la desamortización de los bienes (baldíos y realengos), la actitud frente a las inmensas propiedades de la Iglesia será muy