

NOTICIAS DE LIBROS

TREVOR C. HARTLEY: *Constitutional problems of the European Union*, Hart Publishing. Oxford y Portland (Oregon), 1999, 195 págs.

La Unión Europea es un proceso en continua evolución y por ello mismo inacabado. Por esta razón es imposible definir de forma nítida sus contornos, aunque sí estamos en condiciones de examinar algunas paradojas que ha provocado desde la óptica constitucional, apoyándonos para ello en el libro recensionado. Se podrá discutir con Trevor C. Hartley sobre si tal o cual problema existe o sobre el diagnóstico que mantiene sobre cada uno de ellos, pero el interés de la obra radica en que el primer paso para superar las deficiencias que presenta la Unión Europea es determinar su existencia y alcance. Y conviene ser realistas y recordar que, como se indica en el primer capítulo del estudio, la Unión Europea es en la actualidad una comunidad de intereses, estatales y diversos, que no articula todavía una realidad política europea (con partidos políticos europeos y con un gobierno comunitario en sentido estricto).

Algunos de las paradojas que provoca el Derecho comunitario se relacionan directamente con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En concreto, el primer problema examinado en el capítulo segundo del libro es si estamos en presencia de un interprete objetivo del Derecho comunitario. El autor estima que no con base en la jurisprudencia relacionada con el efecto directo (del Tratado, en la medida que comunitariza el principio de la aplicación de los Tratados internacionales —hasta entonces dependiente del Derecho estatal—, y de las directivas —que hace aplicables unos *actos comunitarios* que carecen de tal posibilidad en los Tratados) y algunos procedimientos jurisdiccionales previstos en los Tratados. Así, por ejemplo, en lo referido a la cuestión prejudicial, el Tribunal de Luxemburgo se ha declarado competente para interpretar: a) los acuerdos internacionales suscritos por las Comunidades con terceros países; b) los acuerdos firmados por Estados miembros y, en fin, c) las decisiones aprobadas por instituciones internacionales en las que participan terceros países. En cuanto al recurso de anulación, como es sabido, el Tribunal ha entendido que el Parlamento podía activar este recurso y que sus actos de eficacia externa podían ser igualmente controla-

dos por esta vía. Por último, en lo que toca a las diferencias presentes en los Tratados CE(E) y CEEA sobre el poder de negociación y aprobación de Tratados por parte de la correspondiente Comunidad (la primera solamente puede hacerlo cuando así lo prevea una disposición del Tratado constitutivo, y siempre el Consejo, mientras que la CEEA tiene tal posibilidad «dentro de los límites de sus poderes y jurisdicción» y en ocasiones pueden ser negociados por la Alta Autoridad), el Tribunal de Luxemburgo ha decidido disolver una de ellas (señalando que la CEE puede negociar Tratados internacionales en las materias en las que puede legislar) y mantener la otra (negando que la Comisión pueda adoptar Tratados en el marco de la CEE).

Es criticable que el Tribunal de Luxemburgo pueda adoptar resoluciones contrarias a los Tratados (tanto en el plano moral, porque cuestiona la buena fe depositada en los Tratados por los Estados miembros y constitucional, ya que se cuestiona el Estado de Derecho, como en el político, porque el incremento de competencias comunitarias se consigue vaciando las estatales). Pese a todo es posible que la actuación del Tribunal de Justicia pueda apoyarse en argumentos de peso. En el tercer capítulo de la obra se enumeran tales eventuales apoyos, y se van descartando: *a)* No es posible justificar el activismo judicial en la existencia de lagunas, porque éstas solamente existen cuando los Tratados aluden a una cuestión y no la delimitan con detalle. *b)* Tampoco es de recibo la invocación que el Tribunal hace en ocasiones a favor de una interpretación teleológica y de conseguir la mayor efectividad del Derecho comunitario, porque por esta vía se han comunitarizado cuestiones que dependían del Derecho estatal (de forma flagrante se ha europeizado el derecho de los extranjeros comunitarios a instalarse temporalmente en otros Estados miembros para buscar empleo, pese a lo dispuesto en el acuerdo del Consejo de Ministros de 1968) y se ha forzado el tenor de los Tratados (por ejemplo, respecto de las directivas y su aplicabilidad). A la misma conclusión se llega si se pretenden invocar otros argumentos que justifiquen la actuación del Tribunal de Luxemburgo, como son que *c)* su jurisprudencia pretenda lograr una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa (como indica el preámbulo TCE), porque tal objetivo siempre tendrá como límite el tenor literal de los Tratados; que *d)* los Tratados son difíciles de reformar (porque existen muchas y en ocasiones muy relevantes revisiones de los mismos) o que *e)* en todo caso su jurisprudencia ha dado buenos frutos (ya que así se cuestiona quién y por qué está capacitado para juzgar qué es lo bueno, y porque sitúa además al Tribunal de Justicia sobre los Tratados, lo que es insólito para un órgano que no tiene carácter representativo ni está sometido a responsabilidad política). Tampoco es tranquilizador que, en ocasiones, *f)* su doctrina haya sido posteriormente asumida por los Estados e introducida en los propios Tratados (lo que, por cierto, prueba que la jurisprudencia comunitaria ha sido en ocasiones constitutiva y no declarativa), porque a veces ha ocurrido lo contrario (el art. 141.4 TCE en su redacción proveniente de Amsterdam se separa de la Sentencia *Kalanke* y el Protocolo 17 anejo al TCE hace lo propio respecto de la doctrina fijada en el asunto *SPUC*). Por último tampoco es de recibo sostener que el activismo judicial se ha producido por *g)* una necesidad constitucional. Ninguna de las grandes decisiones del Tribunal, ni siquiera las dictadas en asuntos tan polémicos como son los *Van Gend en Loos* o *Van Duyn*, son imprescindibles.

bles, y en ocasiones su creatividad ha comunitarizado cuestiones que hasta el momento eran ventiladas por los Tribunales estatales (especialmente interesante es lo ocurrido respecto de las responsabilidades de los Estados frente a los particulares —asuntos *Francovich*, *Factortame* y *Hedley Lomas*—).

Trevor C. Hartley se ocupa, en el cuarto capítulo del libro, de la falta de precisión y claridad que presenta el Derecho comunitario, y que se origina por diversos factores complementarios. En ocasiones *a*) los Tratados no contienen mandatos o prohibiciones, sino que orientan o proscriben determinados resultados (el art. 28 TCE prohíbe todas aquellas medidas que tengan un efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación). Hay que tomar también en consideración los problemas del *b*) multilingüismo (por ejemplo, los bienes pueden ser en Francia y Alemania muebles o inmuebles, mientras que en el Reino Unido siempre son de la primera clase citada) y del *c*) escaso nivel de redacción de las iniciativas de los actos comunitarios por parte de la Comisión, problema que se acrecienta porque *d*) las enmiendas se incorporan en el seno del Consejo y son en ocasiones pretendidamente ambiguas. Esta cuestión se complica por la existencia de *e*) acuerdos secretos adoptados en el seno del Consejo de Ministros que, en opinión del Servicio Jurídico del mismo Consejo, «socavan la certeza del Derecho» y que, cuando han sido conocidos, se han tomado en consideración por el Tribunal de Justicia. A estos factores hay que añadir, por supuesto, la incertidumbre que provoca *f*) la jurisprudencia constitutiva del Tribunal de Luxemburgo, a la que ya se ha hecho referencia. Aunque algunos de estos factores pueden ser contrarrestados en el plano comunitario (recuérdese la Declaración sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, aneja al Tratado de Amsterdam), otros son consustanciales al propio fenómeno comunitario (multilingüismo, negociación, etc...). En el plano nacional, solamente se podrá atajar la vaguedad del Derecho comunitario respecto de aquellas disposiciones contenidas en las directivas comunitarias que carezcan de efecto directo, huyendo de la técnica del *copy-out* (copia literal de la directiva) y tratando de elaborar textos coherentes (aunque con ello se pueda generar un incumplimiento estatal y la consiguiente responsabilidad por parte del Estado).

Las siguientes líneas examinan la división de poderes existente entre la UE y los Estados miembros. Se analiza, en primer lugar, el principio de subsidiariedad previsto en el artículo 5 TCE, que presenta algunos defectos: afecta a materias compartidas, pero no sabemos cuáles son, es difícilmente justiciable y, en general, arduo delimitar su alcance. En este sentido, no es muy afortunado el Protocolo que sobre la aplicación de este principio y el de proporcionalidad se negoció en Amsterdam, al menos en lo relacionado con los supuestos en los que la actuación comunitaria se entiende justificada. Allí se alude a: *a*) las concesiones mutuas (que parten de la premisa de que cada Estado asume el sistema y la legislación comunitaria como dictada en su propio interés, por lo que serán útiles cuando no haya políticas muy diferenciadas —lo que ocurre, por ejemplo, respecto de la inmigración en Gran Bretaña o Irlanda—); *b*) la uniformidad, especialmente en lo que afecta a la consecución del Mercado Único (lo que permite legislar sobre casi todo); *c*) las actividades transnacionales; y *d*) las acciones conjuntas. Ahora bien, si se examina la cuestión desde un punto de vista práctico, es posible con-

cluir que la actuación comunitaria producida en materia de protección de consumidores y usuarios y de discriminación por razón de sexo es difícil de justificar en un primer momento (aunque después haya sido formalizada en los Tratados), es ineficaz (en la medida en que no garantiza, como pretende, la uniformidad, al permitir en ambos casos que los Estados puedan prever medidas protectoras suplementarias) y presenta consecuencias negativas: *a)* se elabora en una maquinaria, la comunitaria, que hoy por hoy no es democrática; *b)* se hace imposible tomar en consideración las circunstancias locales concurrentes en los distintos países, y *c)* convierte al Tribunal de Luxemburgo en último intérprete en estas materias, cuando hubiera sido más acertado reservar dicho lugar a las jurisdicciones constitucionales. En todo caso, se pueden producir incumplimientos por parte de los Estados (que hagan caso omiso de las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo —Italia tardó más de diez años en cumplir una Sentencia fechada en 1973 y Francia protagonizó un largo escándalo en relación con la importación de corderos británicos—) o que no impidan que los particulares cuestionen el Derecho comunitario (ataques franceses a las verduras y frutas españolas), siendo entonces posible que la Comisión imponga multas (fijas o de forma periódica, durante el tiempo que dure el incumplimiento), aunque tal posibilidad pueda ser contraproducente.

Los tres últimos capítulos que cierran el interesante trabajo de Trevor C. Hartley examinan la cuestión de la soberanía en el Derecho comunitario, utilizando dicho término no como sinónimo de independencia o de autonomía nacional, sino en su sentido jurídico [que se concreta, por ejemplo, en la idea de que el Parlamento británico es soberano porque *a)* no hay límites jurídicos para sus leyes, *b)* no puede limitar válidamente sus poderes futuros y porque *c)* la norma posterior prevalece sobre la anterior]. El capítulo séptimo se cuestiona si el Derecho comunitario es un ordenamiento (que lo es, si se concibe tal como un conjunto de proposiciones legales, cuya vigencia garantiza además un Tribunal *ad hoc* y cuyo desarrollo se deja en manos de unas instituciones propias) autónomo (como ha dicho el Tribunal de Luxemburgo en los asuntos *Van Gend en Loos*, *Comisión vs. Luxemburgo* y *Bélgica* —1964— y, especialmente, *Alemania vs. Consejo* —1994—). El autor estima, acertadamente, que el Derecho comunitario es un subsistema del Derecho Internacional que depende de los Estados miembros; estos son los señores de los Tratados. Este dato se pone de manifiesto especialmente en lo relacionado con la eventual reforma de los Tratados, porque, aunque además de las exigencias provenientes del Derecho constitucional e internacional hay otras formalidades propiamente comunitarias, el incumplimiento de estas últimas no supone en todo caso la invalidez del texto reformado (como prueban algunos Tratados comunitarios en vigor, adoptados al margen de las formalidades previstas para ello). Es posible, por supuesto, que el Tribunal de Luxemburgo no acepte este punto de vista y trate de convertirse en dueño de los Tratados, sobreponiendo su parecer al de los Estados miembros. Pero es posible también que tal aventura fracasara porque algunas jurisdicciones nacionales (como son los Tribunales Constitucionales alemán e italiano y el Tribunal Supremo danés) se separaran del parecer expresado por el Tribunal de Justicia. Estas jurisdicciones han matizado el principio de primacía promovido por la jurisdicción comunitaria. De hecho, si en un Estado como Gran Bretaña, que se adscri-

be a un modelo dualista en lo que afecta al Derecho internacional, se acepta la primacía del Derecho comunitario ello es en virtud de la *European Communities Act* de 1972, que establece la pretensión de no legislar en el futuro en su contra. Por tal razón es posible que se produzca una legislación anti-comunitaria, siempre que se haga de forma expresa (vid. Sentencia *Macaffhys Ltd. vs. Smith*).

Si los Estados son, como se ha dicho, los señores de los Tratados es claro que pueden decidir, conjuntamente, disolver la Unión. La cuestión, que se trata en el último capítulo del libro, es si también pueden actuar de forma aislada. Desde esta perspectiva, el abandono de la Unión es legítimo en el plano constitucional, aunque pueda desencadenar una responsabilidad internacional (si bien en la práctica es posible llegar a un acuerdo, como ocurrió respecto de Groenlandia en 1985). También puede forzarse la expulsión de un Estado miembro, aunque desde una perspectiva estrictamente formal los tratados internacionales seguirían siendo aplicables.

A modo de resumen, puede afirmarse que la soberanía sigue radicando, en la actualidad, en los Estados miembros. Los federalistas europeos han pretendido superar esta idea entendiendo que la Unión Europea posee, ya en la actualidad, una Constitución (entendida ésta no en un sentido laxo, como un instrumento que crea y organiza una entidad, sino en su sentido más estricto, como un vehículo que genera un nuevo sistema jurídico cuya validez no deriva de ningún otro). A juicio de estos autores, se habrían *constitucionalizado* los Tratados comunitarios en virtud de la interpretación que de ellos ha realizado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pero este diagnóstico es tan optimista como erróneo; sufre un déficit de realismo (es claro que tal Constitución debería ser aprobada por los distintos pueblos europeos, lo que no está asegurado, y ser reconocida además como tal por los gobiernos y jurisdicciones estatales, lo que tampoco parece previsible a corto plazo).—*Francisco Javier Matia Portilla*.

WOJCIECH SADURSKI: *Freedom of Speech and Its Limits*, Kluwe Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1999, 231 págs.

La libertad de expresión es, sin duda alguna, uno de los temas que más literatura (no sólo jurídica) ha generado y que ha sido objeto de mayor número de resoluciones judiciales. El interés por su estudio desde los más diversos aspectos (individual, institucional, sus límites, su relación y colisión con otros derechos y libertades, las condiciones para su ejercicio, el nexa con el principio democrático, por mencionar algunos) es común en la doctrina jurídico-pública comparada. Sin embargo, este ingente volumen de bibliografía y jurisprudencia no ha supuesto hasta la fecha una pacificación y unanimidad en la resolución de las cuestiones polémicas (numerosas y crecientes) que derivan de la definición y delimitación de esta libertad.

De hecho, como la experiencia demuestra, los conflictos relacionados con la libertad de expresión lejos de reducirse han aumentado. En consecuencia, pese a lo manido del objeto de esta monografía, no nos encontramos ante una materia zanjada ni agotada

sobre la que cualquier nueva reflexión carezca de sentido. Antes bien, el desarrollo tecnológico protagonista de las últimas décadas ha añadido nuevos problemas a los ya tradicionales. Por demás, profundizar en una libertad estructural y fundamental para el sistema democrático no parece innecesario, pues del mantenimiento y realidad de esta libertad depende en gran medida (como tantas veces han recordado las diferentes cortes constitucionales, entre ellas la nuestra) el ejercicio consciente de otros derechos y libertades (de participación política, singularmente) inmanentes al sistema democrático.

Esta especial posición que caracteriza a la libertad de expresión, calificada por nuestro Tribunal Constitucional como libertad (junto con la de información) presupuesto para el ejercicio de otros derechos, y su relación con el funcionamiento de las instituciones democráticas determina una suerte de prevalencia de la misma en relación con otros derechos y bienes con los que habitualmente entra en conflicto. Esta afirmación, que pone la libertad al servicio del principio democrático y, consecuentemente, refuerza a aquélla, debe completarse con otra: sólo en los sistemas construidos sobre tal principio existe reconocimiento cierto y real de las libertades, entre ellas, la libertad de expresión.

Tal vez sea esta interrelación entre expresión libre y régimen democrático una de las razones que explique y justifique la existencia de numerosas coincidencias en el tratamiento, la teorización y la fundamentación de esta libertad entre tradiciones jurídicas distintas, cuando no absolutamente dispares.

En los últimos tiempos el desarrollo tecnológico ha supuesto una auténtica revolución en el sector de las comunicaciones. Las transformaciones derivadas del mismo no se refieren únicamente al incremento notable de las posibilidades técnicas de comunicación y, por ende, de expresión. Los nuevos medios de comunicación ofrecen enormes posibilidades a tal fin, pero incorporan también importantes riesgos. Si la expresión libre de ideas y opiniones y la difusión de información es una actividad en sí misma susceptible de afectar al ámbito de otros derechos y libertades individuales, las nuevas tecnologías, su utilización para ser más exactos, pueden incrementar tanto las posibilidades como la gravedad de la vulneración. No es extraño encontrarnos con noticias sobre la utilización de la red internet para transmitir ideas de contenido racista, violento, xenófobo, de pornografía infantil, entre otros. Las dificultades (técnicas y jurídicas) para hacer frente a esta situación (la resolución ya no puede verse en exclusiva clave nacional) se traducen, aparentemente al menos, en la concepción de la red como un ámbito al margen del ordenamiento.

Lo cierto es que la aparición de estos nuevos medios técnicos ha incrementado la posibilidad de vulnerar otros derechos y bienes jurídicos. Pero, también lo es que tales derechos y bienes ya resultaban conculcados con los medios tradicionales. Así pues, si esta situación demanda una pronta regulación, en el plano teórico las cuestiones relativa a los límites de la libertad de expresión, las posibilidades y razones para su establecimiento, su concreción, los requisitos que deben cumplir y cómo deben interpretarse siguen siendo prácticamente las mismas.

En este orden de cosas, el libro que presenta el profesor Wojciech Sadurski no examina todos los aspectos relativos a la libertad de expresión. Los antes mencionados no

son objeto de tratamiento. La obra se enmarca en un ámbito distinto. Tiene un objetivo diferente: ofrecer pautas para resolver conflictos entre derechos y bienes jurídicos en los supuestos especialmente polémicos, y todo ello desde una perspectiva comprensiva de la posición que ocupa la libertad de expresión; posición que debe determinar su contenido y la interpretación y posibilidad de establecer restricciones a la misma.

En este sentido, como el autor señala, los aspectos concretos abordados [expresión y principio de igualdad (capítulo 3), expresión y discriminación (capítulo 4), neutralidad (capítulo 5) y expresiones racistas (capítulo 6)] pueden resultar una elección arbitraria, pero resultan útiles para perfilar los contornos de la libertad de expresión. Ni siquiera en los Estados con democracias consolidadas la determinación de los casos en que cabe restringir la libertad de expresión y las razones que justifican tal medida es tarea culminada. No hay más que revisar la bibliografía que se publica cada año, o acceder a una base de datos.

Ahora bien, como señala expresamente el autor en el Prefacio, mientras en los Estados autoritarios el debate gira en torno a la importancia de la libertad de expresión en sí misma, en su defensa, en la demanda de su reconocimiento como uno de los derechos más importante que les niega el poder estatal, y se sitúa en el centro neurálgico de la libertad (derecho a criticar al gobierno, a defender teorías e ideologías contrarias a la ortodoxia impuesta, demandar reformas institucionales, cambios políticos), en los regímenes democráticos, donde los beneficios de la libertad de expresión se disfrutan por la generalidad de los ciudadanos, el discurso público y doctrinal se centra en la periferia de la libertad, en los límites de la misma (desde la pornografía, las expresiones denigratorias, las que incitan al odio racial y religioso, la difamación de personas públicas y privadas, el desacato, la incitación a la violencia, la apología de hechos delictivos, la revelación de secretos, hasta la publicidad comercial o la programación de los medios de comunicación).

Es en este ámbito en el que se enmarca el libro que nos ocupa, que pretende, a decir de su autor, ofrecer una teoría general de la libertad de expresión y no tanto una interpretación de un sistema legal concreto. No obstante, como Sadurski señala, la doctrina y jurisprudencia analizadas son fundamentalmente estadounidenses, por no decir exclusivamente. Habrá, pues, afirmaciones cuya traslación a otros sistemas (así, los de corte continental) pueda parecer hartamente dificultosa, cuando no impensable. Sin embargo, en esta materia, también en otras, la doctrina y, especialmente, la concepción del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha influido de forma notable en las decisiones de tribunales de otros Estados (recuérdense las Sentencias *Abrams v. United States*, *Whitney v. California*, *New York Times Co. v. Sullivan*, *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, por citar algunas).

En términos generales, y ciertamente reduccionistas, cabe dividir a los autores que se han ocupado de la libertad de expresión entre los defensores acérrimos de la libertad que, aunque conscientes de la necesidad de ciertos límites, ven en ellos un gran riesgo y los que declaran abiertamente la necesidad de proscribir determinadas conductas expresivas que vulneren derechos o afecten a otros bienes jurídicos merecedores, también, de singular protección.

Si al menos en el plano de los principios existe cierto nivel de acuerdo en cuanto a la necesidad de establecer límites, es en la fase de determinación de los mismos cuando surgen las diferencias. ¿Por qué determinadas expresiones deben ser proscritas? ¿Cuáles son las razones que justifican la restricción de la libertad de expresión? ¿Dónde se sitúa el límite a ese poder restrictor? Sin duda hay supuestos en que cabría la unanimidad, o casi, en la respuesta. Pero hay otros muchos que se sitúan en la línea fronteriza de la justificación del establecimiento de restricciones al ejercicio de los derechos, máxime si se trata de una libertad como la de expresión.

Con estas premisas, Sadurski considera que el estudio sobre los límites de la libertad de expresión debe partir de la valoración racional de la estructura del principio de libertad de expresión; principio que debe informar la interpretación de los aspectos centrales de tal libertad. Por tanto, las cuestiones relativas a los límites, la periferia de la libertad, dependerán de la interpretación de los elementos centrales de la libertad.

En cualquier caso, dado que nos enfrentamos a uno de los sectores más sensibles y con mayores implicaciones tanto en el plano de los derechos individuales como en la estructura y organización de las instituciones públicas, se ha de ser especialmente cauteloso y escrupuloso en la fijación de limitaciones al ejercicio de la libertad.

El objetivo del autor es profundizar en el debate relativo a la legitimidad, adecuación y justificación del establecimiento de límites al ejercicio de la libertad de expresión. Para ello adopta como punto de partida la justificación de la libertad de expresión en sí misma (en sus palabras, del principio de libertad de expresión). Es decir, condiciona el resto del discurso, el referente a los límites, a la determinación del lugar que corresponde ocupar a la libertad de expresión y a las razones que fundamentan la correspondiente posición. Pues sólo a partir de ahí se podrá definir, delimitar y determinar el contenido de la misma y sus limitaciones.

A estos efectos, el autor dedica el primer capítulo a las teorías fundamentadoras de la libertad de expresión, revisando críticamente los principales argumentos y justificaciones que han servido tradicionalmente para defender la posición reforzada de la citada libertad y sus implicaciones en el plano de la restricción de la misma: a saber, el recurso a la búsqueda de la verdad como fundamento de la libertad de expresión (desarrollado por Stuart Mill en «*On Liberty*») fue transformado por la jurisprudencia estadounidense relativa a la Primera Enmienda en el llamado «mercado de las ideas» («*marketplace of ideas*», celebre expresión del Juez Holmes), esto es, la competencia entre ideas al modo en que se compite en el mercado es la fórmula más adecuada para alcanzar la verdad (por tanto, la expresión no debe limitarse, el individuo como ser racional elegirá aquella opción que más le convenza); la llamada a la autonomía individual, estandarte de las teorías liberales basadas en la igualdad moral de los individuos, la neutralidad del Estado frente a las creencias de los particulares y la prioridad de la justicia sobre el beneficio, la realidad de la democracia, que requiere, según Meiklejohn y sus seguidores, que los ciudadanos sean libres para recibir cualquier información que pueda afectar a sus decisiones acerca de los asuntos públicos y, principalmente, a los procesos de adopción de decisiones colectivas, esto es, el sufragio (fundamentación absolutamente extendida entre la doctrina y jurisprudencia constitucional de los países de

nuestro entorno), y/o la doctrina de la tolerancia de Bollinger («*The Tolerant Society*») que aborda la libertad de expresión desde la perspectiva de la audiencia, no del comunicador.

Indudablemente existe una relación entre la libertad de expresión y valores vinculados tanto a la autonomía individual como al Estado democrático (la llamada por nuestra jurisprudencia y doctrina constitucionales dimensión institucional, social u objetiva de la libertad). Sin embargo, para Sadurski ninguna de las teorías anteriores resulta plenamente satisfactoria. La cuestión sigue siendo, pues, determinar qué valores justifican la preferencia de la libertad de expresión frente a otros derechos o bienes, o al contrario cuándo la no concurrencia de tales valores permitirá la limitación, prohibición de ciertas conductas. Bien entendido que las limitaciones desde el plano general tienen que estar justificadas, ser proporcionales y resultar adecuadas para obtener el fin perseguido. Pues, como asume el autor, la importancia de esta libertad y lo traumático de limitar el ejercicio de los derechos imponen que la valoración de las posibles restricciones a la libertad se realice con una especial sensibilidad hacia la misma.

En los capítulos siguientes se abordan supuestos específicos de expresión que se sitúan en los márgenes de la libertad constitucionalmente protegida. Previamente al análisis de categorías de expresión concretas y polémicas, el capítulo segundo se dedica al estudio general y previo de la relación entre la libertad de expresión y la causación de perjuicios y trata, asumiendo el peso especial de la libertad de expresión en la valoración del daño causado, de encontrar argumentos que permitan, en los parámetros anteriores, defender el establecimiento de ciertas limitaciones a la libertad cuando su ejercicio provoca un perjuicio mayor que el beneficio que aporta.

A partir de este planteamiento, el autor presenta una serie de categorías de expresión (analizadas en los siguientes capítulos) que podrían no disfrutar de un alto nivel de protección dado el daño que causan. En definitiva, ciertas restricciones provocan un menor quebranto a la libertad de expresión que otras que, por su naturaleza, su finalidad o sus objetivos, serían consideradas como contrarias a los valores nucleares de la libertad que nos ocupa.

Como se habrá observado, ya no es sólo la libertad en sí misma la medida de todo. Ahora se acompaña de un nuevo elemento para la valoración de las posibilidades de limitación: la propia y concreta restricción. Aquellas restricciones que no son neutrales respecto al contenido de la expresión, sino que, de principio y en el plano general, se imponen y articulan sobre y a partir de la exclusión de cierta opinión, orientación, punto de vista, no resultan aceptables. Se trataría de medidas que restringen injustificada y desproporcionadamente el ejercicio de una libertad habiendo otros medios para contrarrestar el posible perjuicio: el debate entre opiniones encontradas.

Este criterio servirá de guía a Sadurski en los siguientes capítulos.

En los capítulos tercero y cuarto se analiza la relación entre expresión e igualdad (especialmente, si no establecer restricciones en determinados supuestos a la libertad de expresión puede afectar a la igualdad): si un tipo de expresión puede minar la igualdad de oportunidades de expresión de un grupo de personas por el mensaje difundido y si, por tanto, las restricciones a estos tipos de expresión pueden ser consideradas como un

método de restablecimiento de la igualdad de oportunidades, con cierto parecido a una «acción positiva» (capítulo 3) y si dado el carácter discriminatorio de determinadas expresiones (especialmente las que incitan al odio racial y las pornográficas), estos mensajes pueden ser considerados en sí mismos como actos de discriminación y por tanto sometidos a limitaciones (capítulo 4).

Respecto al primer caso mencionado, el autor analiza el carácter de «oportunidad» en el ámbito de la expresión y en particular si los derechos que plausiblemente definen oportunidades expresivas justifican la imposición de algunas obligaciones sobre los oyentes. Según Sadurski en estos supuestos cabe establecer obligaciones, deberes tales que permitan reequilibrar la situación. Sin embargo, se muestra renuente a considerar que entre estas imposiciones y las «acciones positivas» exista cierta analogía, salvo en lo que se refiere a una reducida categoría de las llamadas «*fighting words*», en cuyo caso las limitaciones que corresponde imponer pueden y deben ser diferenciadas, «asimétricas»; asimetría que puede asemejarse al principio de acción positiva.

Veamos una de las hipótesis que utiliza el propio autor. Las expresiones racistas forman parte del tipo de expresiones denigratorias e injuriosas que la doctrina de Estados Unidos viene calificando como «*fighting words*».

Si se prohíben de forma absoluta expresiones a las que se atribuye generalmente un significado de ese tipo, todos los grupos étnicos de una sociedad quedan situados en igualdad de condiciones respecto al ejercicio de la libertad, independientemente del lugar que ocupen socialmente en la misma y de los diferentes efectos que sobre ellos tienen determinados actos y tipos de expresión. Sin embargo, no puede valorarse igual un término de significado principalmente racista cuando se dirige a la población de color que cuando se destina a la población blanca, si en esa sociedad concreta el riesgo de discriminación y de desigualdad histórico y actual, social, económico, cultural se ciñe sólo sobre uno de los colectivos. Puesto que los contenidos insultantes no pueden aislarse del contexto, el establecimiento de obligaciones o restricciones de forma asimétrica actuaría, para el autor, como fenómeno reparador equivalente a una *affirmative action*.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, habría que distinguir entre la desigualdad producida por actos de expresión, es decir, actos cuyo carácter discriminatorio constituye por sí mismo un acto de discriminación (para que exista una discriminación injusta no es necesario que el comunicante convenza al receptor en modo alguno) y, por tanto, susceptibles de limitación y actos que expresan una desigualdad («no se admiten mujeres en este club» sería un ejemplo), que precisan la adopción de otras medidas.

El discurso acerca del fundamento de las limitaciones que ocupó parte del capítulo segundo del libro que comentamos se retoma en el capítulo 5, que tiene por objeto principal decidir si las diferencias entre las restricciones según su naturaleza (recuérdense las basadas en el contenido o en la orientación) aportan alguna luz sobre las características del principio de libertad de expresión. Cuestión que para el autor tiene una respuesta positiva en tanto de la misma derivan razones para desechar ciertas restricciones y, por el contrario, admitir otras. En síntesis, para Sadurski, las limitaciones establecidas a partir de la valoración que merezca una determinada percepción de la realidad hunden

sus raíces en la intolerancia hacia esa percepción, resultando, pues, inadmisibles, mientras que las que se construyen a partir de la materia (el objeto del mensaje) expresada resultan de motivaciones paternalistas, debiendo utilizarse con sumo cuidado.

En conclusión, el autor pone más atención en la estructura del principio de libertad de expresión que en las categorías específicas de expresión y cómo se sitúan al borde del límite material del principio (*borderline territory of the principle*), no se manifiesta claramente acerca de si ciertas expresiones quedan protegidas por la libertad de expresión o si debieran quedar proscritas y, en consecuencia, excluidas de su ámbito protector, salvo en contadas ocasiones. Todo lo más aporta elementos que permitan establecer límites y supuestos en que cabría admitirlos (expresiones racistas). Consecuente con el punto de partida (principio de libertad de expresión, excepcionalidad de las limitaciones y especial sensibilidad en la interpretación de esta libertad), no hay declaraciones generales y absolutas. No era tampoco, según confiesa el autor, su objetivo.—
Gema Rosado Iglesias.

JEAN-PIERRE MASSIAS: *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*. París, Presses Universitaires de France, 1999. 511 págs.

«El Derecho Constitucional de los Estados de Europa del Este no puede disociarse del concepto de transición democrática». Esta frase, con la que el autor comienza la Introducción, es probablemente la frase que condensa todo el sentido de esta obra: si consideramos la transición como un fenómeno dinámico, el Derecho Constitucional del «nuevo régimen» aparece inevitablemente mezclado con el Derecho Constitucional del «cambio de régimen» y, en gran medida, condicionado por él.

Dentro del complejo y pluridimensional concepto de transición (no hay una, sino varias transiciones —política, económica y social—, protagonizadas por actores distintos y con ritmos también distintos), el Estado juega un papel de primer orden como principal destinatario y como conductor del proceso. En consecuencia, el análisis del Derecho Constitucional resulta un instrumento de observación privilegiado de la propia transición. No en vano la redacción y la aplicación de una nueva Constitución saca a la luz los grandes debates de la transición.

Se puede decir sin ambages que nos hallamos ante una obra de Derecho Constitucional comparado en el sentido propio del término. El autor no se limita a yuxtaponer la descripción de la situación de cada país, sino que realiza una verdadera comparación, identificando los elementos comunes y los elementos diferenciales presentes en cada caso, extrayendo unas conclusiones válidas para el conjunto de las experiencias analizadas.

En este sentido, dos grandes direcciones deben ser exploradas: la definición de las bases de los nuevos regímenes políticos y los intentos de reconstrucción del Estado sobre dichas bases. Ambas direcciones marcan la pauta de las dos partes en que se divide la obra.

Se observa, no obstante, cierta discordancia entre estas dos partes en relación con

los países elegidos como objeto de estudio. Si en la primera parte la mirada del autor es muy amplia, abarcando la experiencia de diversos países de Europa central y oriental, como Polonia, la República Democrática Alemana, Checoslovaquia, Rumanía e incluso de los Balcanes, como Yugoslavia o Albania; en la segunda y más extensa parte del libro la atención se centra en los Estados resultantes del desmembramiento de la Unión Soviética en su vertiente europea: Rusia, Bielorrusia y Ucrania. Pero es justo señalar que esta discordancia no empece en absoluto el interés de la obra.

La primera parte, como acabamos de señalar, trata de la definición de las bases de los nuevos regímenes políticos o, en otras palabras, de los procesos a través de los cuales se produce el paso de un régimen totalitario a un Estado democrático de Derecho. Se estructura sobre dos ejes que se corresponden con los dos capítulos en que se divide: El primero, titulado «la renovación del pluralismo», trata de la instauración de las instituciones de la democracia pluralista. El segundo, por su parte, se centra en la emergencia de un poder judicial independiente, garante de la autoridad del Derecho en la sociedad, y analiza, en particular, el surgimiento y el papel jugado por los órganos de control de la constitucionalidad. Su título, «la rehabilitación del Derecho», expresa a la perfección el significado de estas instituciones en el contexto de la transición.

El Capítulo I parte de un análisis muy detallado de la experiencia polaca, que fue la precursora con las primeras elecciones legislativas parcialmente abiertas de 1989, para abordar después el desarrollo de las primeras elecciones semilibres en los otros países de la zona, fuertemente influidos por lo sucedido en Polonia (entre otros, la RDA —ley de 20 de febrero de 1990—, Checoslovaquia —leyes constitucionales 46 y 47/1990, también de febrero—, Bulgaria —ley de 3 de marzo de 1990—, Rumanía —decreto-ley de 18 de marzo de 1990, etc.). El método resulta adecuado: se parte de un análisis de los elementos comunes para después observar las especificidades nacionales (por ejemplo, los debates sobre el sistema electoral en la República Checa).

Un elemento importante en esta primera fase de instauración de la democracia son las limitaciones que se imponen al pluralismo y que son de dos tipos: político (leyes de «lustración» dirigidas a excluir a los ex-comunistas del aparato del Estado y de la Administración: importantes en la República Checa, Polonia y Albania) y étnico (medidas de discriminación contra determinados grupos étnicos: el autor se centra en el ejemplo de la discriminación de la población de origen ruso en las repúblicas bálticas, que llega a la privación del derecho de voto).

Muy interesantes son también las concomitancias señaladas por el autor en cuanto a las fases de los procesos de democratización en los distintos países: Así, la fase inicial de diversificación de las ofertas políticas da paso a un período de crisis de los gobiernos postcomunistas y al retorno de los antiguos comunistas al poder entre 1993 y 1996 (la «restauración de terciopelo» según la frase de Adam Michnik).

En el Capítulo 2 el autor da cuenta de los procesos mediante los cuales surgen en estos países verdaderas jurisdicciones constitucionales. Una vez más, la experiencia de Polonia es precursora: el Tribunal Constitucional polaco, instaurado en 1986, actúa desde el primer momento como un contra-poder jurídico en el marco de un Estado aún totalitario.

Pero lo más interesante de este capítulo son las consideraciones que en él se hacen

sobre el papel específico que las jurisdicciones constitucionales juegan en una democracia en transición.

Los tribunales constitucionales pueden convertirse, ciertamente, en actores de la transición y, así, su intervención se deja sentir, por supuesto, en todo el proceso de construcción del nuevo marco institucional, pero también en el juicio del pasado totalitario, pues, como señala el autor, uno de los aspectos más específicos de la jurisprudencia constitucional desarrollada en Europa del Este es la obligación de un permanente «retorno al pasado», a través del enjuiciamiento de las medidas de reacción, incluso de reparación, emanadas del nuevo poder: leyes de restitución de propiedades y de indemnización, leyes de «lustración», leyes penales retroactivas para juzgar los crímenes pasados (se cita, por ejemplo, la importante decisión del Tribunal Constitucional húngaro de 3 de marzo de 1992, declarando la inconstitucionalidad de una ley destinada a castigar los crímenes de la represión comunista, en particular tras el levantamiento de 1956).

Pero estos órganos también se pueden ver involucrados en las luchas políticas e incluso convertirse en obstáculos para la transición. Se citan algunos ejemplos, como la decisión del Tribunal Constitucional polaco de 11 de febrero de 1992 sobre la reforma de las pensiones que trataba de llevar a cabo el gobierno liberal de Jan Olchewski, o las decisiones del Tribunal Constitucional húngaro sobre las llamadas «leyes de estabilización económica» de 1995.

Algunos de estos ejemplos le permiten al autor introducir unas breves pero muy interesantes reflexiones sobre la compatibilidad del concepto mismo de transición con el de justicia constitucional: podemos preguntarnos, por ejemplo, hasta qué punto nociones como la seguridad jurídica y los derechos adquiridos, muy comunes en la jurisprudencia constitucional de las democracias consolidadas, son predicables en un proceso de transición que conlleva reformas radicales.

De la lectura de la primera parte se extraen dos constataciones:

En primer lugar, la importancia del camino recorrido en estos países —el papel jugado por las jurisdicciones constitucionales revela con claridad la profundidad del proceso de transición desarrollado—. Puede decirse que la ruptura con el pasado se ha consumado, aunque esta afirmación, perfectamente válida para los países de Europa central, lo es en menor medida en Rusia y en otras repúblicas de Europa oriental salidas de la URSS.

En segundo lugar, la intensidad de las crisis que se han producido y se siguen produciendo en estos países, tanto desde un punto de vista político, como desde un punto de vista económico y social. Estas crisis se caracterizan por el desencanto y la frustración, tras el entusiasmo de los primeros momentos revolucionarios, por el desarrollo del discurso radical, por el ascenso de los nacionalismos y por otros elementos que pueden ralentizar la evolución hacia la democracia haciendo surgir viejos reflejos totalitarios.

Una vez sentadas las bases de un nuevo régimen, es preciso construir todo un edificio institucional que permita la pervivencia de los principios fundamentales y garantice al mismo tiempo la coherencia y la estabilidad en el ejercicio del poder. La segunda parte del libro está consagrada a esta labor de «reconstrucción del Estado», centrándose el autor en la experiencia de las repúblicas europeas de la *ex* URSS.

Esta segunda parte se divide en tres capítulos:

El primero, titulado «La tentativa de reconstrucción de un Derecho Constitucional en la URSS», pero que podría haberse titulado perfectamente «El Derecho Constitucional de la *Perestroika*», analiza el intento fracasado de Gorbachov de creación de un Estado de Derecho soviético a partir de 1988, devolviendo el poder político a los *soviets* —convertidos en verdaderos representantes del pueblo—, dotando de poder al Presidente de la URSS, en detrimento del Primer Secretario del PCUS, e introduciendo el control de constitucionalidad (Comité de Vigilancia Constitucional). Estas reformas, además, iban acompañadas de una revitalización del federalismo, que constituyó otro gran fracaso de la *Perestroika* y que se saldó con el desmembramiento de la URSS tras el golpe de Estado de 1991.

El Capítulo 2 es, en sí mismo, un mini-tratado de Derecho Constitucional de la actual Federación Rusa en 150 páginas.

Se analiza, en primer lugar, el que, para el autor, constituye el rasgo característico principal de la transición política en la URSS, a saber, el hecho de que la ruptura con el pasado no ha sido total, de tal forma que los comportamientos políticos siguen estando muy marcados por el totalitarismo. Las relaciones políticas siguen basándose en términos de conflicto, no de compromiso. Cambian las formas, pero no los modos políticos. Un ejemplo para ilustrar esto es el conflicto entre el Presidente Yeltsin y el Parlamento en 1993: al bloqueo, sin duda de carácter obstruccionista, del Parlamento presidido por Khasbulatov, el Presidente responde con la destrucción física del mismo, la cual se consuma con su relegación política consagrada en la Constitución de diciembre de ese mismo año.

A continuación se pasa revista con gran detenimiento a los principales elementos del sistema constitucional instaurado en 1993: un poder ejecutivo reforzado, un Parlamento bicameral «controlado» y una Corte Constitucional reformada tras las críticas a la actuación de la primera Corte, creada en 1991. También se presta atención a la estructura federal del Estado ruso, que se caracteriza por la gran heterogeneidad de los 89 «sujetos de la federación».

El Capítulo 3 contiene un tratamiento resumido de los procesos de transición y del Derecho Constitucional resultante de las repúblicas ex-soviéticas europeas de Bielorrusia y Ucrania.

El elemento que va a destacar el autor como característica común de estos tres países es la presencia de un tipo específico de presidencialismo, forma de gobierno que es el resultado de unos procesos de transición jalonados por una serie de crisis que van perfilando paso a paso un marco constitucional dominado totalmente por la institución presidencial.

Así, si se analiza el proceso de transición en la URSS, se observa que, tras una serie de graves crisis (el golpe de Estado de 1991, que lleva a la desaparición de la URSS, o la destrucción del Parlamento ruso en 1993), se llega a la adopción de textos constitucionales que se caracterizan por ser «Constituciones del vencedor» de dichas crisis (y el vencedor no es otro que la institución presidencial encarnada en Yeltsin o Lukachenko) y se caracterizan por ser también «Constituciones de reacción», cuyos mecanismos

parecen pensados especialmente para evitar los problemas anteriores que habían frenado el poder de la institución presidencial (véase, por ejemplo, la regulación de la responsabilidad gubernamental o el nombramiento de los miembros de los Tribunales Constitucionales en Rusia y Bielorrusia).

Como conclusión de esta segunda parte se puede destacar que el nuevo Derecho Constitucional, surgido de las ruinas del totalitarismo soviético, revela ciertamente una voluntad de cambiar radicalmente las estructuras y las concepciones anteriores, pero, al mismo tiempo, lleva en sí la impronta de la etapa anterior y del contexto de transición en el que surge. Un contexto en el que los comportamientos políticos están marcados por la idea de conflicto, excluyendo cualquier idea de compromiso. Se trata, sin duda, de un tributo a la cultura política totalitaria, cultura que excluye por completo la concesión y que se basa en la sumisión de todos los medios e incluso de todos los procedimientos al fin político a conseguir.

En suma, una interesante obra de Derecho Constitucional comparado y un tratado sobre un tipo específico de constitucionalismo, el constitucionalismo de transición. Cabe destacar, por último, las completas y muy extensas referencias bibliográficas que, ordenadas temáticamente, nos ofrece el autor al final de cada capítulo.—*Oscar Sánchez Muñoz.*

JIRI PRIBAN y JAMES YOUNG (eds.): *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Comunist Countries*. Aldershot-Brookfield (Vermont), Ashgate-Darmonth, 1999, 277 págs.

Tras el colapso de los regímenes comunistas, las recién nacidas democracias y las elites políticas de Europa Central (los editores optan por esta denominación conscientemente, descartando otras como Europa del Este) se encontraron en la necesidad de formular nuevas metas políticas. Con algunas excepciones, los distintos actores políticos estuvieron básicamente de acuerdo respecto a dichas metas, las cuales se podrían sintetizar en los siguientes puntos: Estado de Derecho (*rule of law*) y constitucionalismo, protección de los derechos humanos, economía de mercado, integración en la OTAN y en la UE, y establecimiento de los principios de la sociedad civil y la autonomía individual.

En este libro nos encontramos con una recopilación de diversas colaboraciones, muy heterogéneas en cuanto a su enfoque, que giran en torno a la transición constitucional que se ha producido en los países de esta zona desde 1989: en concreto, se incluyen trabajos sobre la reciente experiencia constitucional de la República Checa, Eslovaquia, Hungría y Polonia. A modo de contrapunto, el volumen se cierra con un artículo sobre la labor del Tribunal Constitucional de Rusia (a pesar de no formar parte de Europa Central).

No estamos ante una obra de Derecho comparado, ya que se trata la experiencia de cada país por separado, pero es indudable que la información y los análisis que contie-

ne esta obra pueden ser de gran utilidad a la hora de realizar comparaciones entre los propios países que son objeto de estudio o con terceros.

Los temas tratados podríamos decir que son los recurrentes en el debate sobre la transición política en Europa Central: las dificultades de la reconstrucción del Estado de Derecho, las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, el papel de las elites políticas provenientes del régimen comunista, el ascenso de los nacionalismos, la transición económica y las privatizaciones, etc.

Entrando más de lleno en el contenido de las distintas colaboraciones, en varias de ellas se estudia en detalle el proceso constituyente seguido en los distintos países. Dusan Heyndrich y Jiri Priban, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos de Praga —el segundo también lo es de la Cardiff Law School—, trazan en sendos artículos las influencias y el desarrollo del proceso de elaboración de la vigente Constitución de la República Checa. El artículo de Heyndrich hace sobre todo referencia a las raíces históricas, conteniendo un ilustrativo resumen de la evolución constitucional de ese país desde los tiempos del Imperio Austro-Húngaro, y nos ofrece también una interesante exposición sobre la solución constitucional que se dio a la división de la antigua Checoslovaquia a finales de 1992, dando lugar a las actuales Repúblicas Checa y Eslovaca. Por su parte, el artículo de Priban se centra más bien en las bases filosóficas de la «revolución de terciopelo» que acabó con el régimen comunista checoslovaco, bases que se encuentran en el movimiento disidente de los años anteriores (destacando, por ejemplo, el papel de la plataforma *Carta 77*), en su reivindicación de la legalidad y en su denuncia de la ilegitimidad del régimen totalitario.

Del análisis del proceso constituyente en Polonia se ocupan en sus respectivas colaboraciones Jacek Kurczewski, catedrático de sociología del Derecho de la Universidad de Varsovia, y Grazyna Skapska, de la Jagiellonian University.

Otro de los enfoques que encontramos en varias de las colaboraciones tiene que ver más con la realización concreta del Estado de Derecho que con su plasmación jurídico-constitucional. En este contexto, la influencia del legado comunista es digna de ser tenida en cuenta, y así lo hacen, por ejemplo, Mark Gillis y Agata Fijalkowski, en relación con la República Checa y con Polonia, respectivamente.

Mark Gillis, asesor del Tribunal Constitucional checo, dedica su artículo a las medidas de «lustración» adoptadas por los regímenes postcomunistas; lógicamente se centra en el caso checo, pero sin olvidar por completo la experiencia de otros países, como Hungría o Bulgaria, donde también se han adoptado medidas de este tipo. Gillis adopta una posición en general favorable a estas medidas, muy criticadas por otros autores que las consideran simplemente una venganza y una violación de los derechos humanos de las personas afectadas, y entiende que las circunstancias históricas únicas que se han dado en estos países y la necesidad imperiosa de asegurar el éxito de la transición a la democracia justifican plenamente estas medidas.

El artículo de Agata Fijalkowski se ocupa más ampliamente de la lucha por la aplicación de la primacía de la Ley en el sistema judicial polaco, pero, al hacerlo, no deja de prestar una cierta atención a la actitud de los jueces provenientes del antiguo régimen, educados en los modos y maneras de un Estado totalitario, durante el proceso de transi-

ción. No obstante, el sentido general del artículo se orienta más bien al análisis de las relaciones entre el Estado de Derecho y la independencia del poder judicial en un contexto como el vivido por Polonia en los últimos años.

La influencia del pasado también es objeto de análisis en el artículo de Istvan Pogány, que se centra de los efectos a veces devastadores de los mitos políticos, como el de la existencia de un Estado de Derecho en Hungría antes del establecimiento del régimen comunista, o el mito que actualmente se está creando en el sentido de que los efectos benéficos del nuevo régimen se están extendiendo en condiciones de igualdad a las importantes minorías étnicas de este país. No en vano el autor declara en el mismo título de su artículo que su intención es analizar la reconstrucción del Estado de Derecho en Hungría desde la perspectiva de los judíos y de los gitanos, poblaciones que, a juicio del autor, siguen siendo objeto de discriminación social, económica y política.

A los mitos políticos también se refiere Malgorzata Fuszara en su artículo sobre los derechos de la mujer en Polonia, en el que se argumenta que el mito comunista de la igualdad entre los sexos, igualdad que no existió en realidad, ha dificultado el progreso en este campo después del cambio de régimen.

Otro de los temas que ha sido objeto de tratamiento por distintos autores es el de la falta de cumplimiento de algunas de las nuevas disposiciones constitucionales. Esto es muy evidente en el caso de Eslovaquia, y los dos artículos que tratan sobre este país dan cuenta de ello. Miroslav Kusy, del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Bratislava, llega a poner incluso en duda la existencia de un verdadero Estado de Derecho en este país, ahondando en la idea de la existencia de un «déficit democrático» y en la debilidad del Tribunal Constitucional de cara a un Gobierno que, pura y simplemente, ignora sus decisiones. Por su parte, Sona Szomolanyi, también de la Universidad de Bratislava, conecta este «déficit democrático» con un estudio sobre las elites políticas húngaras. Dicho esto, es preciso hacer referencia a la nueva situación creada en el país tras el triunfo de la oposición y la derrota del nacionalista y populista Meciar, eventos posteriores a la redacción de este artículo. Al parecer, el nuevo Gobierno de coalición ha derogado algunas de las medidas discriminatorias en relación con la población húngara y ha mejorado sus relaciones con la República Checa y la Unión Europea.

Sobre las dificultades de la aplicación de las previsiones constitucionales, en concreto en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales, nos habla también Vladimír Sladeczek, de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos de Praga. Tras una exposición histórica de la evolución de los mecanismos de protección de los derechos humanos en Chequia, el autor se centra en el principal de esos mecanismos en la actualidad, que es la protección a través del Tribunal Constitucional, así como en los intentos fallidos de crear una institución específica de protección, tipo *ombudsman*, en este país.

Pero no todos los trabajos que aparecen en este libro tienen un contenido jurídico. Las cuestiones de tipo social y económico, los que podríamos considerar como presupuestos extrajurídicos del Estado de Derecho, son también tratadas en algunas de las colaboraciones que forman parte de este volumen.

Así, de una parte, el éxito de la transición a la economía de mercado es considerado por todos como un elemento esencial para la coronación del proceso de transición política. Un ejemplo puede ser el artículo de Andras Sajó, sobre la situación de las políticas de bienestar social en Hungría tras el cambio político, cuya reestructuración fue censurada por el Tribunal Constitucional en una célebre decisión de 1995, duramente criticada por este autor.

De otra parte, también resulta crucial para la supervivencia del Estado de Derecho la revitalización de una «sociedad civil» estrangulada durante el régimen totalitario. A esta cuestión le prestan bastante atención los autores eslovacos y polacos, y particularmente, entre estos últimos, Grazyna Skapska.

En fin, nos encontramos con una obra que, como señalan los editores en la introducción, «ofrece puntos de vista estimulantes sobre la experiencia vivida en Europa Central desde 1989». Se trata de una interesante colección de artículos no sólo jurídicos, sino también politológicos y sociológicos, que sin duda resulta de gran utilidad para aproximarse a la realidad constitucional de estos países.—*Oscar Sánchez Muñoz*.

JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL: *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*. Colex, Madrid, 1999. 343 págs.

Decía Popper que *sólo la libertad puede hacer segura a la seguridad*. El libro de J. C. Remotti Carbonell es, esencialmente, una impecable construcción jurídica sobre la necesaria articulación de la *libertad* y la *seguridad* en relación con un tema especialmente difícil: las medidas jurídicas en la lucha antiterrorista.

Si la *Constitución* define el marco en el cual debe desenvolverse la ordenación de la sociedad, en nuestro sistema jurídico su valor normativo supremo nos permite distinguirla de las demás normas y situarla en el vértice del Ordenamiento jurídico. La *Constitución* democrática ha de conjugar su carácter básico y su valor normativo supremo con su naturaleza de norma para la libertad. Esa vertiente de la Constitución como garante de la libertad lleva a que los textos constitucionales incorporen un elenco de derechos y libertades que no hacen sino explicitar esa libertad humana que es, en suma, el objetivo básico de la democracia.

El valor normativo supremo de la Constitución y su carácter democrático obligan a que las normas que puedan arbitrase para luchar contra acciones como las terroristas deban desenvolverse en un difícil equilibrio entre su obligado carácter restrictivo y la necesidad de que tales medidas resulten eficaces. La gravedad de las acciones que ponen en peligro la libertad o la estabilidad de las sociedades determina igualmente la naturaleza de las medidas que, en su caso, se prevean. Por otro lado es sobradamente conocido que el elenco de derechos reconocido en la Constitución de 1978 es extenso y minucioso, pero es opinión muy extendida que los derechos que en él se contienen no tienen carácter absoluto; aceptan límites que sean compatibles con el mantenimiento de

su núcleo esencial y, también, en casos excepcionales pueden tales derechos ser suspendidos temporalmente.

Y es que la aplicación práctica de las Constituciones democráticas no está exenta de peligros, como no lo está tampoco el propio ejercicio de las libertades. Por ello, no es infrecuente que los textos constitucionales incluyan en su articulado disposiciones dirigidas a ser aplicadas cuando se produzcan alteraciones de diversa naturaleza que pongan en peligro el normal desenvolvimiento de las instituciones o impidan o limiten el libre ejercicio de las libertades: es el denominado *derecho excepcional* que tiene acogida en el artículo 55.1, del Capítulo V, del Título I de nuestro Texto fundamental y que ha recibido desarrollo legislativo en la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, Reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio*. Pero, en ocasiones, los textos constitucionales también incluyen medidas específicas de otra naturaleza que no requieren la existencia de una situación excepcional y que persiguen fines específicos. A este grupo pertenece, en la Constitución española, la suspensión individual de derechos y garantías que, prevista en el artículo 55.2 CE, puede arbitrarse para facilitar la investigación en relación con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Es, específicamente, esta suspensión individual de derechos y garantías, como medidas contra el terrorismo, el objeto del trabajo del Dr. Remotti Carbonell.

Efectivamente, el citado apartado 2 del artículo 55 CE reconoce una institución suspensiva de derechos y garantías destinada específicamente a favorecer el desenvolvimiento de las investigaciones que sean precisas respecto de la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, disponiendo dicho precepto que podrán suspenderse, temporalmente y de forma individual, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 (plazo máximo de 72 horas para la detención preventiva), 18.2 (inviolabilidad del domicilio) y 18.3 (secreto de las comunicaciones).

El terrorismo es una de esas amenazas para la libertad que, desafortunadamente, sufren las sociedades de manera recurrente. Este libro trata de algunas de las medidas que una sociedad democrática puede adoptar válida y legítimamente para defenderse de las acciones terroristas que ponen en peligro el orden constitucional y, con él, la libertad de todos; trata, en suma, de la posibilidad de suspender individualmente derechos y garantías para la investigación y persecución del terrorismo. Pero no es sólo un libro de análisis de las medidas en sí mismas consideradas, sino que, y ese es uno de sus mejores méritos, utiliza la Constitución democrática como medida de la actuación del legislador y de los poderes públicos. Se trata, a la postre, de desbrozar la legislación no sólo para conocerla y comentarla, sino para contrastarla con los parámetros constitucionales. El modelo obtenido desde la Constitución —y no al revés, como incorrectamente se hace en ocasiones— sirve al Dr. Remotti Carbonell para abordar el nada fácil objetivo de proyectar estos parámetros constitucionales sobre la legislación y también sobre la jurisprudencia resolviendo en cada caso si las medidas analizadas se corresponden o no con las exigencias propias de una sociedad democrática.

A partir de este planteamiento científico en el que la Constitución da la medida a la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los poderes públicos, el Prof. Remotti opta por una análisis constitucional que comparto plenamente, en el cual la Constitución

es el referente a partir del cual puede establecerse el modelo ideal o, si queremos, el parámetro legislativo e interpretativo. En un régimen constitucional democrático, la legislación no está obligada a formalizar un único modelo, pero sí a moverse en los márgenes que el texto fundamental habilite. Comparto igualmente con el autor la consideración de los derechos como instituciones jurídicas dotadas de contenidos materiales y compuestas de elementos diferenciados como estructura jurídica, función, titularidad, contenido, ejercicio, garantías, límites y, en su caso, suspensión, lo cual le lleva a una interpretación integrada de los mismos y del conjunto que forman en el sistema constitucional.

Sigue el autor la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional conforme a la cual los derechos poseen una *vertiente subjetiva* y una *vertiente objetiva*; la primera los configura como pretensiones individuales reconocidas por el Ordenamiento y la segunda como elementos conformadores del propio sistema constitucional democrático. Por ello, concluye acertadamente el Dr. Remotti Carbonell, la vulneración de un derecho no sólo implica la negación de una pretensión individual legítima, sino también un ataque a la propia Constitución y al sistema democrático.

Ahora bien, aunque la propia Constitución habilite para la aplicación de medidas específicas que supongan la suspensión temporal de derechos o de garantías para facilitar las investigaciones contra el terrorismo, tales medidas no pueden ser ilimitadas, ya que las mismas, como señala el propio autor, están sujetas a requisitos procedimentales, formales y también materiales, presupuestos de hecho que determinan su aplicabilidad. Otra cosa vulneraría frontalmente el sistema democrático; es decir, la legitimidad de las medidas restrictivas de derechos y garantías reside también en que su aplicación resulte adecuada a los fines que se persiguen, siendo, en todo caso, el criterio aplicable el de la mínima restricción del derecho para obtener el fin perseguido. El autor despliega a lo largo del libro una técnica de análisis jurídico que le permite ir estudiando cada una de las medidas como una suspensión de derechos necesariamente *limitada y proporcional* y, de otro lado, como una suspensión *temporal e individual*, lo cual obliga, en todo caso, a que el derecho no se desnaturalice. Por otra parte, las suspensiones, como venimos afirmando, pueden afectar a un derecho o a una garantía, y por ello el autor se plantea de manera diferenciada estos supuestos y proyecta los parámetros constitucionales individualmente sobre unos casos y otros.

El libro consta de cinco capítulos; en el inicial el Dr. Remotti Carbonell aborda, en primer lugar, el proceso constituyente español para dilucidar si en este punto la Constitución española recibió las influencias del Derecho constitucional comparado y, también, del Derecho internacional europeo. En cuanto al primer aspecto, el Dr. Remotti no encuentra precedentes de la regulación española ni en Francia, ni en Portugal, en la Ley Fundamental de Bonn, ni en las normas existentes en el Reino Unido, las cuales respondían a criterios distintos a los adoptados por el constituyente español; tampoco en la Constitución italiana, que no configura ninguna institución similar a la prevista en el artículo 55.2 CE que pudiera haber influido en la elaboración del precepto español.

En cuanto a la regulación internacional europea previa a 1978 deja el autor constancia de la creciente preocupación que en el ámbito europeo se ha producido como

consecuencia de las acciones terroristas, de tal forma que, en la actual Unión Europea, el inicial abstencionismo en esta materia y la remisión a los Estados miembros de las actuaciones al respecto se han transformado en acciones, más o menos formales, que han llevado el tema de la seguridad a los objetivos primarios de la Comunidad. Igualmente el Consejo de Europa se hizo eco tempranamente de tan importante problema, muestra de lo cual fue, entre otras medidas, la elaboración del *Convenio Europeo para la represión del terrorismo*, que entró en vigor el 4 de agosto de 1978 (pocos meses antes de la definitiva aprobación de la Constitución española) y fue ratificado por España, ya en época constitucional, el 20 de mayo de 1980. Este Convenio tiene como objetivo primario la eliminación de las trabas para extraditar a los acusados y/o sentenciados de cometer hechos terroristas.

En el segundo capítulo el Prof. Remotti estudia el proceso de incorporación de la institución de la suspensión individual al Ordenamiento jurídico, desde su primera manifestación en el Decreto-Ley 10/1075, de 26 de agosto, hasta su consagración constitucional en 1978 y la forma en que estas previsiones se materializaron definitivamente en el texto fundamental español. Destaca el autor cómo los que pueden ser considerados, matizadamente, precedentes de la institución suspensiva contemplada en el artículo 55.2 CE eran realmente normas que se ubicaban dentro de las previsiones excepcionales hoy reguladas en el artículo 55.1 CE, es decir, precisaban la existencia de una situación excepcional como presupuesto de hecho habilitante sin mención expresa al terrorismo, siendo, en consecuencia, éste una de tales circunstancias excepcionales. Eran, por otro parte, medidas discrecionales, de carácter general y carecían de órganos de control judicial o parlamentario que tutelaran las posibles arbitrariedades. La conclusión es, pues, que el modelo constitucionalizado difiere de las referencias históricas e inicia un nuevo camino en la regulación concreta de las medidas del Estado contra las acciones terroristas.

Durante el proceso constituyente, repasado minuciosamente por el autor, se muestra cómo las medidas incluidas finalmente en el artículo 55.2 CE no figuraban en el Anteproyecto de Constitución, el cual (art. 47.1) establecía la posibilidad de suspensión de derechos dentro del ámbito de las situaciones excepcionales a las que antes se aludió (específicamente, estados de excepción y guerra); mientras que, en un apartado 2 del mismo artículo, se contemplaba la posibilidad de suspensión de derechos con la naturaleza de pena accesoria. Tras la fase de enmiendas, la Ponencia formuló un texto (en este momento art. 50) en el que la única modificación sobre la redacción anterior fue incluir, aceptando una enmienda del grupo de Minoría Catalana, que la privación además de temporal sería *circunstanciada*. Señala el autor que la suspensión individual fue incluida en el Proyecto constitucional mediante una enmienda *in voce*, del diputado Sancho Rof, sin debate y aceptada por unanimidad. La inclusión de estas medidas individuales, producto de un consenso general extraparlamentario, llevaron aparejada la desaparición del inicial apartado 2 del citado artículo 47. El autor concluye que se debió al Ministerio del Interior de ese momento la decisión política de incluir las medidas de suspensión individual en el texto constitucional. Parece evidente, como el mismo autor señala, que tal cambio quiso evitar que las circunstancias política hicieran nece-

sario acudir con frecuencia a la declaración de alguno de los estados excepcionales para abordar la lucha antiterrorista con el consiguiente desgaste político del Gobierno. La desvinculación de las medidas suspensivas para la lucha contra las bandas armadas o elementos terroristas de los denominados estados excepcionales cobra así sentido.

El tercer capítulo tiene, en mi opinión, una especial significación y está especialmente bien tratado. En él se analiza pormenorizadamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos para determinar qué criterios del Tribunal Europeo son atendibles para la interpretación correcta del artículo 55.2 CE, en base a la disposición contenida en el artículo 10.2 de nuestra Constitución, conforme a la cual los derechos y libertades deben ser interpretados de conformidad con lo que establece la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los demás Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que se encuentra, obviamente, el Convenio de Roma.

Con todo, y a pesar del interés de cada uno de los Capítulos, es quizá el IV el que constituye el núcleo central de este importante trabajo sobre las medidas de suspensión individual, pues son estas páginas las que contienen la construcción jurídica de los parámetros constitucionales que se proyectan en el Capítulo siguiente sobre la legislación y la jurisprudencia. En este Capítulo IV se aborda, pues, la configuración constitucional de la suspensión individual, lo cual se lleva a cabo por el autor en función de criterios como su naturaleza de *medida de desarrollo potestativo*, en tanto en cuanto el artículo 55.2 dispone que «Una Ley Orgánica podrá...»; de *aplicación excepcional*; de *carácter individual* (para personas determinadas); de *contenido suspensivo limitado* (a los casos expresamente citados en el art. 55.2 CE); que requiere un *presupuesto de hecho* como es el de aplicarse para la investigación de la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y cuya aplicación, por disposición constitucional, no puede ser injustificada o abusiva.

Una vez concluido este fundamental Capítulo IV, en el que, como dijimos, se construye de manera rigurosa y sólida la tesis del autor, el Capítulo V pasa a estudiar la legislación y la jurisprudencia española sobre la materia, análisis que se realiza, como ya destacamos anteriormente, desde los criterios constitucionales previamente definidos. En este último Capítulo la obra, que va discurrendo con una lógica interna impecable, se completa y se van cerrando preguntas que inicialmente el autor se había formulado. En estas postreras, aunque vitales, páginas de la obra del Dr. Remotti encontramos el análisis del *Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de protección de la seguridad ciudadana*, que derogó al preconstitucional *Decreto-Ley 10/1975*, y del *Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre*, sobre medidas relativas a los delitos cometidos por grupos organizados y armados, primeras normas de desarrollo del artículo 55.2 CE. Más extenso y detenido es el estudio de la *Ley Orgánica 11/1980; de la Ley Orgánica 9/1984, de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes*, y de la *Ley Orgánica 4/1988, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes*. En estos tres últimos casos, el autor proyecta el modelo constitucional sobre la regulación concreta de determinados supuestos: así, con rela-

ción a la prórroga de la detención gubernativa; a la entrada y registro domiciliario y a la intervención de las comunicaciones. Aborda, después, otras características de estas Leyes Orgánicas, lo cual hace patente las convergencias y divergencias entre las mismas.

El libro, que posee la virtud de explicar temas técnico-jurídicos con un lenguaje que, sin pérdida del rigor, resulta comprensible y claro, se completa con un elenco bibliográfico, documental y la relación de las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este tema.

Nos encontramos ante un libro notable, hecho, estimo que no sin esfuerzo, desde la honestidad científica y desde la premisa de unos valores de libertad y justicia, en el que, además, con opiniones sólidamente fundamentadas, se ofrece una interpretación jurídica novedosa y práctica sobre las medidas de suspensión individual que para la lucha antiterrorista prevé nuestra Constitución, que han de servir, sin duda, para la reflexión y también para la legislación futura.—*Yolanda Gómez Sánchez.*

