

NOTICIAS DE LIBROS

R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. CEURA, Madrid, 1994, XXV, 673 páginas.

El libro del que se da noticia supone ciertamente una novedad de interés para todos aquellos que de manera más o menos directa tengan algo que ver, como docentes o como alumnos, con la enseñanza de la nueva asignatura «Instituciones de Derecho comunitario» y, más generalmente, por cuantos se interesan por las especificidades de la Unión Europea y el Ordenamiento jurídico comunitario. El autor, conocedor de unas cuestiones que ha abordado ya en más de una ocasión, a destacar su monografía «Derecho comunitario, derechos nacionales y Derecho común europeo» (1989), nos brinda en esta ocasión un ambicioso trabajo en un campo falto, por lo general, de otras ofertas que no supongan estados de la cuestión, en su caso actualizados. O dicho de otro modo, los que pretendan acercarse al Derecho comunitario disponen a partir de ahora de un valioso instrumento que, a diferencia de algunos otros referentes de interés, no sólo es que se acerque a la realidad institucional y ordinamental comunitaria desde la perspectiva del ordenamiento español, sino que tras la exposición de los problemas puede verse al narrador embarcado en una evidente voluntad del sistema. Se trata, en fin, de una novedad en el sentido más estricto del término.

Por lo que a su estructura se refiere, ha de sintetizarse diciendo que el libro consta de ocho capítulos, rematados siempre por unos listados de bibliografía, básica y complementaria, y jurisprudencia. El capítulo primero, rotulado «La Comunidad Europea y el marco de la Unión Europea» (págs. 1-45), contiene una narración entre el sistema y la historia de la progresión experimentada a lo largo del proceloso proceso de la integración que, si bien no es incontrovertible, tampoco está carente de interés. Seguidamente se aborda el «Sistema institucional» de la Comunidad a lo largo de los capítulos segundo (págs. 47-138) y tercero (págs. 139-205), comenzando por la caracterización de los principios que configuran y expresan su especificidad y el estudio del Consejo,

del Parlamento y de la Comisión, así como de los procesos decisorios en los que estas tres instituciones intervienen, y siguiendo por los poderes normativos de naturaleza ejecutiva del Consejo y de la Comisión, y el tratamiento institucional del Tribunal de Justicia, incluido el Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Cuentas, los Comités económico y social y de las regiones y el Sistema europeo de bancos centrales. En el capítulo siguiente, titulado «Sistema de fuentes y relación con los derechos internos» (págs. 207-320), lógicamente se aborda el tratamiento del Tratado y el sistema de fuentes comunitario, así como la siempre controvertida atricolación de la relación entre los ordenamientos comunitarios y estatales, lógicamente incluida la caracterización y análisis de los principios inspiradores de esa interrelación. El desarrollo del «sistema jurisdiccional» se estudia en los capítulos quinto y sexto, que se refieren, el primero (págs. 321-447), a la función de supremo intérprete que al TJCE corresponde, así como a aquellos procedimientos (anulación, omisión, etc.) en el marco de los cuales queda garantizada la «comunitariedad» de las actuaciones del poder público comunitario y, el segundo (págs. 449-523), a la garantía de los incumplimientos estatales, en sendos planos comunitario y estatal, con una particular atención a la práctica jurisdiccional interna relativa al control de la *lex posterior*, sin olvidar los desarrollos comunitarios en materia de jurisdicción cautelar, un asunto como bien se sabe espoleado por una jurisprudencia todavía reciente. «Competencias y *modus operandi* de la Comunidad» se titula un interesante capítulo séptimo (págs. 525-598), en el que, junto al principio de atribución competencial, se analizan las matizaciones que tanto la apertura de los objetivos, como la progresión de los poderes comunitarios han venido propiciando sobre esa regla de oro de la integración, y se ensaya una (original) tipología competencial que no acaba de entusiasmar, antes de abordar el tratamiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, los otros dos elementos que, con el de atribución competencial ya referido, configuran la ordenación competencial establecida por el Tratado sobre la Unión Europea (TUE). El capítulo final, el octavo (págs. 599-673), está dedicado a una cuestión, la de «la Comunidad y los derechos fundamentales», ante la que el autor se halla particularmente bien orientado. Canónicamente se parte de la constatación de la inexistencia de un catálogo comunitario de dd. ff. y de la progresión tuitiva de la jurisprudencia del TJCE, antes de enfrentar la polémica controversia suscitada desde hace años en torno a la hipotética adhesión comunitaria al CEDH. Acto seguido analiza el autor sendas posiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de los Tribunales Constitucionales alemán, italiano y español, relativas a la salvaguardia de sendos catálogos de dd. ff. frente al Derecho comunitario, antes de enfrentarse a la problemática delimitación de los estándares de tutela.

Aunque en una nota semejante se haya de limitar el recensionista a dar noticia lo más cumplida posible de la obra comentada, ocasionalmente la originalidad, dimensión o significación doctrinal de una obra demandan algo más que la fría noticia de su existencia. Y con este «Derecho comunitario» llega sin duda una de esas ocasiones. Pues bien, y retomando algo de lo que ya se decía al inicio de esta noticia, estamos, es mi opinión, ante una primera aportación sólida, escrita en castellano, a la divulgación de las especificidades institucionales y ordinamentales de la integración comunitaria. El

libro, se ha dicho, tiene la voluntad de sistema que su propio subtítulo anuncia. Y esa me parece la mayor originalidad y el mérito más destacado de un trabajo que, como todo trabajo reflexivo y no meramente relatador, incita a la reflexión y a la controversia. Y lo que más debe satisfacer al lector crítico es pensar, como pienso yo, que este «sistema constitucional y administrativo» (debe y) puede todavía mejorar si se alcanza a extender al conjunto de la obra la densidad de la reflexión que algunos de sus apartados presentan (así, por ejemplo, en el marco de los dos capítulos finales). El necesario equilibrio de conjunto que a un proyecto como este conviene, exigiría, por ceñirme a un solo ejemplo, un tratamiento más acusado de la singularidad de los Tratados o, más vagamente, del llamado Derecho primario. En mi modesta opinión, la reelaboración del sistema comunitario de fuentes, algo que el autor tiene, por conocido, al alcance de su mano, brindaría sin duda un sostén aún más firme a esta magnífica obra.—Antonio López Castillo.

ANDREW CLAPHAM: *Human rights in the private spheres*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 385 páginas.

Este libro es la versión revisada y actualizada de la tesis doctoral que su autor defendió en el Instituto Universitario Europeo de Florencia en junio de 1991. El objeto central de la obra consiste en el estudio de la proyección, en el ámbito de las relaciones entre particulares, de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (*the third-party effect of the European Convention on Human Rights*), adoptando como marco de referencia las decisiones de la Comisión y las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Se ofrece, además, al lector un análisis específico de la aplicación «horizontal» de los derechos del Convenio por parte de los tribunales del Reino Unido, que aparece desarrollado en el último capítulo de la monografía (págs. 298-342), después de dedicarse una primera parte de la misma (págs. 13-86) a hacer una consideración general sobre el tipo de eficacia que se atribuye en la comunidad jurídica de ese país a dicho tratado internacional. Que éste sea el ejemplo «nacional» elegido entre los diversos estados que han suscrito el Convenio no obedece a la circunstancia de que el Reino Unido pueda servir, en esta materia, como paradigma o modelo para el resto de los países europeos. Más bien al contrario, si el caso británico destaca por algo es por su singularidad, al tratarse —como es sabido— de uno de los pocos Estados que no ha incorporado el Convenio a su Ordenamiento interno y que carece además de Constitución escrita, y por ello, de derechos fundamentales en sentido propio. La razón determinante de esa elección debe ser otra: sencillamente, que el autor ha pretendido dirigirse con carácter preferente al jurista anglosajón. Así lo acredita también el hecho de que en el libro se dedique un capítulo (el sexto, págs. 150-177) a la valoración de la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos y de Canadá sobre la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales, jurisprudencia de la que, sin embargo, y a juicio del propio Clapham, no cabe extraer en realidad soluciones aplicables al pro-

blema de la posible lesión por los particulares de los derechos de la Convención Europea.

Conviene señalar ya, al respecto, que él aboga abiertamente en favor del reconocimiento de tal posibilidad. Con carácter general, cabe, a su juicio, esgrimir dos argumentos que militan en contra de la que se califica como concepción «tradicional» (la que confina la protección de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales al ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos). En primer término, se defiende una interpretación progresiva del Convenio que sea sensible a los cambios sociales y a la propia evolución del ordenamiento internacional de los derechos humanos. Un examen de los tratados suscritos con posterioridad a 1950 (el Pacto de Nueva York, de 1966; el Convenio Americano de derechos humanos, de 1969, o el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, de 1989, entre otros) revela, en este sentido, que se está abriendo paso la consideración de que la lesión de determinados derechos producida por particulares puede desencadenar la responsabilidad de los Estados signatarios.

En segundo lugar, se cuestiona la conveniencia de seguir vinculando la determinación de la eficacia de los derechos al criterio de la condición pública o privada del sujeto transgresor. No sólo, se nos viene a decir, los entes públicos han dejado de monopolizar los abusos potenciales de poder, sino que en los Estados de nuestros días es cada vez más constatable la existencia de entidades en las que se produce una superposición de elementos públicos y privados. A falta de criterios materiales objetivos, la concreta opción legal en favor de una u otra caracterización formal del sujeto resulta a la postre decisiva, pudiendo utilizarse como un instrumento arbitrario para excluir la vigencia de los derechos en determinados escenarios. El proceso privatizador inglés (que, en opinión de Clapham, acabará probablemente extendiéndose por toda Europa) sería bien ilustrativo del problema que se denuncia. Servicios y funciones que tradicionalmente han estado en manos del Estado (la primera cárcel privada se inauguró en Inglaterra en 1992) se atribuyen ahora, bajo formas diversas, a sujetos privados, con lo que, en principio, quedan «fuera del diálogo» de los derechos.

Pero que la distinción público-privado sea inconsistente y eventualmente manipulable no significa que deba abandonarse sin más. No se defiende una vigencia indiscriminada de los derechos en las relaciones entre particulares, porque podría conllevar la invasión estatal de ámbitos de la actividad privada que han de preservarse, en todo caso, de cualquier interferencia externa. Por ello, Clapham cree necesario buscar otro criterio que, sustituyendo al tradicional y asumiendo la posible eficacia frente a terceros, permita, a su vez, identificar los límites de esta última. Después de pasar revista a algunas reflexiones filosófico-jurídicas sobre la fundamentación de los derechos humanos, asume el autor como premisa que los valores esenciales que esos derechos pretenden salvaguardar pueden reconducirse a dos: la dignidad humana y la democracia. De acuerdo con ello, las pautas para medir la operatividad de los derechos fundamentales en la esfera jurídico-privada deberían ser, a su juicio, las siguientes: habrá que examinar, en primer término, la finalidad del derecho en cuestión y si, a la vista de las circunstancias, tal finalidad fuese la protección de la dignidad y ésta hubiese sido lesio-

nada, la condición del transgresor sería indiferente (la dignidad es un valor que ha de protegerse siempre *erga omnes*); si la finalidad es, en cambio, la protección de la democracia, entonces para que la violación fuese relevante el agresor debería estar actuando en la esfera de lo público (que no es únicamente el área de lo estatal, sino que incluye toda actividad que tenga una proyección colectiva o comunitaria).

Si esta posición de principio se adoptare al objeto de fundamentar un pronunciamiento sobre el tipo de eficacia jurídica que despliegan los derechos constitucionales (nacionales), la respuesta sería probablemente que esa eficacia debe considerarse como «inmediata», al menos en relación con algunos derechos, al menos en determinadas circunstancias. Pero no es ésta la cuestión que aquí se suscita o no es ésta, en todo caso, una cuestión que el autor pretenda abordar con alguna profundidad (el caso inglés, que es el único ejemplo nacional en el que Clapham se detiene, no permite, por las razones antes indicadas, plantear ese debate). La referencia a la discusión (de nuevo «nacional») sobre las dos modalidades de la *drittwirkung* (*mittelbare* y *unmittelbare*) se hace sólo al efecto de trasladar esa polémica al ámbito de los derechos del Convenio. Y cabe afirmar, a tenor de las reflexiones que desgrana el propio Clapham en diálogo con otros autores, que la apelación a las categorías «mediata» e «inmediata» de la eficacia *inter privatos* resulta, en este contexto, discutiblemente operativa o incluso poco pertinente. Hay quienes sostienen (Clapham entre ellos) que el Tribunal de Estrasburgo admite implícitamente que la eficacia de los derechos del Convenio es inmediata cuando exige de forma terminante (como en el caso *X and Y v. Netherlands*, 1985) que los particulares sean protegidos frente a las conductas de otros particulares lesivas de esos derechos, no limitándose a indicar que los tribunales nacionales deben inspirarse, a la hora de aplicar el Derecho privado, en los principales que latan en sus Constituciones y en el propio Convenio. Y hay quienes defienden, por el contrario, que el Tribunal no puede aplicar directamente una norma del Convenio para resolver un litigio entre particulares, puesto que el artículo 25 de dicho texto legal excluye la posibilidad de promover una demanda contra un sujeto distinto de los Estados contratantes. Da la impresión de que ambos sectores doctrinales adoptan dos perspectivas distintas que en realidad no son necesariamente incompatibles. Desde un punto de vista que podríamos calificar de procesal, la eficacia sería siempre mediata en la medida en que, efectivamente, sólo los Estados pueden ser condenados por la violación de los derechos del Convenio. Desde un punto de vista material o sustantivo, sin embargo, tal vez podría sostenerse que la eficacia es inmediata si se estima que lo que desencadena la responsabilidad estatal es, directamente, la previa lesión del derecho de un particular por otro particular. Vemos, pues, en definitiva, cómo la distinción eficacia mediata-inmediata, en torno a la cual se ha venido polarizando la (ya vieja) polémica sobre la *drittwirkung* de los derechos fundamentales, puede resultar más perturbadora que útil en el marco de los derechos del Convenio.

Y así lo viene a reconocer el propio autor, que prescinde de ella a la hora de analizar las decisiones de la Comisión y las sentencias del Tribunal. En unas y en otras, que son escrutadas minuciosamente, Clapham descubre muestras, a veces evidentes, del reconocimiento de una cierta operatividad *inter privatos* de los derechos del Con-

venio (este es el caso, por ejemplo, de los pronunciamientos que hace el Tribunal en *Young, Jones and Webster*, 1981; en *X and Y v. Netherlands*, antes citada, o en *Plattform Artze für das Leben*, 1988). Aunque se nos indica también que el Tribunal mantiene en general una actitud cautelosa, que bien podría obedecer a la conveniencia de preservar la autonomía de los Estados en esta materia, autonomía que se vería cuestionada si por la vía del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos del Convenio se forzase una suerte de armonización de las normas de derecho privado que rigen en los diversos países signatarios. Pero se trata, en todo caso —nos dice Clapham—, de un proceso que ya no se puede detener y que encuentra un caldo de cultivo favorable en la cultura actual de los derechos humanos.—*José Miguel Vidal Zapatero*.

JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO: *O regime concordatário entre a «libertas ecclesiae» e a liberdade religiosa. Liberdade de Religião ou liberdade da Igreja?*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, 118 páginas.

El presente libro se publica dentro de la colección «Argumentum», la cual, y bajo la dirección del profesor J. J. Gomes Canotilho, edita estudios jurídicos de investigadores de la Universidad de Coimbra, una de las más prestigiosas de Portugal en el estudio del Derecho.

En esta obra, Jónatas Mendes Machado se enfrenta a la cuestión de cuál debe ser el significado actual, en el ordenamiento jurídico portugués, del régimen concordatario de relación entre la Iglesia Católica y el Estado nacido con la *Concordata* de 1940. Y pretende asentar su estudio desde la perspectiva adecuada, la del Estado constitucional, que, como heredero de la tradición que se inaugura con las revoluciones liberales, se define por la secularización del poder y por la garantía de las libertades individuales. Enmarcará, por tanto, el régimen concordatario en la supremacía de la Constitución de la República portuguesa de 1976 y en la primacía del derecho de libertad religiosa y del principio de separación de las confesiones y el Estado (*laicidad*).

Para efectuar la tarea de interpretar el Concordato de 1940 a la luz de los nuevos principios y valores que aporta la vigente Constitución portuguesa, se interesa el autor en definir con claridad, en primer lugar, el significado histórico del Concordato. De esta forma, e indagando en la historia de las relaciones entre la Iglesia Católica y el poder secular, define el régimen concordatario dentro de la *libertas ecclesiae* católica, a través de la cual ésta defendía sus prerrogativas ante el fortalecimiento del Estado y mantenía una posición de privilegio, cuyo origen se remontaba a la Edad Media, en relación con las demás creencias y confesiones religiosas. Sólo con la modernidad y la secularización definitiva del poder que inaugura el Estado liberal, la Iglesia Católica vería desaparecer lentamente los privilegios obtenidos. Esto significa, por consiguiente, que el régimen de concordato no partirá, en su concepción original, de la igualdad entre las confesiones religiosas y del entendimiento de la libertad religiosa

como algo fundamentalmente intrínseco a la conciencia individual, sino en la idea de supremacía de una concreta confesión sobre las demás. Confesión que, por otra parte, se considera portadora de derechos anclados en la historia, y que, por último, aun aceptando la convivencia con otras confesiones, considera que debe recibir un trato desigualmente favorable por parte del Estado, porque desigual es su implantación en la comunidad política respecto de las otras organizaciones religiosas.

Después de esta labor de búsqueda histórica de las razones y los fundamentos del Concordato, el profesor portugués se dedica a analizar la disciplina constitucional de su país acerca de la libertad religiosa, disciplina en la que se deberá enmarcar el sistema de relación entre el Estado portugués y la Iglesia Católica. En este sentido, pone de manifiesto que la libertad religiosa se recoge como derecho fundamental en el artículo 41 de la Constitución, donde se establece también la separación del Estado y las confesiones. Partiendo, pues, del derecho de libertad religiosa, cuyo contenido constitucional está íntimamente ligado a la dignidad de la persona humana y no a cualquier contenido posible de raíz confesional, y de la laicidad del Estado —que el autor asocia directamente al *republicanismo*—; y aportando, por otro lado, las construcciones dogmáticas sobre los derechos fundamentales, la doctrina comparada —fundamentalmente italiana y alemana— que ha estudiado el fenómeno de las relaciones entre confesiones religiosas y Estado y, por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos acerca de la libertad religiosa, el autor concluye que la Constitución portuguesa garantiza un tratamiento igual para todas las confesiones y todos los adeptos. Que obliga, además, a dotar de racionalidad sustancial a cualquier diferenciación de trato de los poderes públicos con una determinada confesión. Y, por último, que establece como regla general la abstención del Estado con respecto a las religiones, lo que no supone la inexistencia de un mínimo de prestaciones positivas necesarias para la realización del derecho de libertad religiosa.

Una vez definido el marco constitucional de esta libertad y después de efectuar un breve recorrido por el Derecho constitucional comparado alemán e italiano para recoger los sistemas de relación entre confesiones religiosas y Estado que rigen en estos ordenamientos jurídicos —principio de igualdad de trato y disciplina de Derecho público en Alemania; acuerdos bilaterales (*intesi*), criticables porque presuponen una consideración de igualdad entre confesión y Estado, y dificultad de establecer su naturaleza jurídica en Italia—, se llega al final de la obra, en la que el autor se enfrenta a dos cuestiones encadenadas. La primera, establecer si la Constitución portuguesa permite la existencia de acuerdos entre las confesiones religiosas y el Estado y si permite que el acuerdo con la Iglesia Católica se englobe dentro de las características del régimen concordatario. La segunda, determinar si el Concordato de 1940 ha sido derogado por la Constitución de 1976 o es aún vigente.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la conclusión es que nada impide que se establezcan acuerdos entre las confesiones y el Estado portugués. El problema se plantea, sin embargo, en la forma de llevar a cabo estos acuerdos. Porque, y siempre según el profesor de la Universidad de Coimbra, es necesaria la participación de las confesiones en la elaboración de estos acuerdos, pero debe evitarse la técnica de la *bi-*

lateralidad propia del sistema italiano, ya que puede ocasionar, entre otras cosas, el que sólo puedan efectuar estos acuerdos las confesiones con mayor influencia y que, además, se llegue a acuerdos desiguales por la misma razón. Y habría que tener presente, por otro lado, que estos acuerdos deben articular los principios que les sirven de base —el poder estatal democrático y la autonomía de las confesiones religiosas— en aras de un solo fin: garantizar la libertad religiosa colectiva. Por último, y con arreglo a la nueva conceptualización de los tratados internacionales en el Derecho internacional contemporáneo, nada impediría englobar el sistema de relación entre la Iglesia Católica y el Estado dentro del régimen concordatario.

En cuanto a la segunda cuestión, el autor se sitúa junto a la doctrina (J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira) que considera que la mayor parte de los preceptos de la *Concordata* de 1940 están vacíos de contenido tras la Constitución de 1976, porque o bien son redundantes e innecesarios, o dejaron de tener vigencia. A este respecto, el Tribunal Constitucional portugués se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones de la *Concordata* en su *Acordão*, núm. 423, de 1987, manteniendo una posición ecléctica en sus planteamientos, considerando inconstitucional parte de su contenido, pero orientándose hacia la posición doctrinal (Jorge Miranda) más abierta a la vigencia del Concordato, con excepciones que se han de referir, fundamentalmente, a las cláusulas exclusivistas y discriminatorias que encerraba su texto.

Después de todo su discurso, concluye el autor con la constancia de que la mejor garantía para la libertad religiosa, tanto individual como colectiva, es la Constitución y no el Concordato. Y con la necesidad de que el régimen concordatario en el país luso se redefina desde las dimensiones de no interferencia y abstencionismo estatal y de igualdad y trato no privilegiado por parte del Estado hacia las diferentes confesiones.

Se confirma, pues, en las conclusiones finales, la precomprensión fuertemente crítica acerca de la posición privilegiada de la Iglesia Católica en Portugal, de la que partía el investigador de Coimbra, y que se había manifestado en alguna situación reciente en el país vecino. En este sentido, el autor refiere en el texto el episodio de la construcción de la catedral de Bragança, cuyas obras financió, en el 60 por 100 de su coste (mil millones de escudos), el Estado portugués.—*Carlos G. Ortega Santiago*.

JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ: *Política económica y social. Principios rectores comentados*, 1995.

La obra de José Ignacio Rodríguez aborda, en forma de comentario sistemático, el Capítulo III del Título I de la Constitución, una parte de nuestra Carta Magna que quizá no haya sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina constitucionalista, pero cuya importancia no es posible negar, y ello, como subraya Manuel Aragón en el prólogo, no sólo por su significado ideológico, sino también por su eficacia práctica. En efecto, se trata de una serie de principios de carácter programático que, aunque no puedan alegarse ante la jurisdicción ordinaria a efectos de su aplicación directa, poseen

eficacia interpretativa y, lo que es quizá aún más importante, eficacia para determinar la inconstitucionalidad de una ley, pudiendo, por tanto, ser alegados ante los jueces y tribunales tanto a los efectos de que las leyes y los reglamentos sean interpretados a su luz como a los efectos de la solicitud del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Tras una breve introducción, el autor aborda el comentario de cada uno de los artículos que componen esta parte de nuestra Constitución, haciendo especial hincapié en la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional en cada caso. Asimismo, el comentario de cada precepto está acompañado de un completo listado de las disposiciones conexas, lo que refleja, una vez más, la intencionalidad esencialmente práctica que tiene el trabajo.

El primer capítulo, y el más extenso, está dedicado a la «protección de la familia», y en él se aborda el comentario del artículo 39 de la Constitución. El autor comienza ofreciendo un concepto constitucional de familia, para lo cual se toman como elementos conformadores el propio concepto civil de familia y el matrimonio como institución social garantizada por la propia Constitución española (art. 32). Ello no implica una exclusión de las uniones de hecho, pero tampoco postula su homologación total con las uniones matrimoniales. El siguiente epígrafe se dedica precisamente a señalar los efectos jurídicos de las uniones de hecho, tomando como ejemplo la STC 222/1992, que declaró aplicable a tales uniones la prórroga legal que la Ley de Arrendamientos Urbanos preveía para el cónyuge supérstite. En el epígrafe tercero se comenta el principio, recogido en el artículo 39.2, de igualdad de los hijos ante la ley, es decir, la exclusión de toda discriminación que se sirva de la filiación como criterio de diferenciación, concediéndose especial atención a la cuestión de las pruebas biológicas para la determinación de la paternidad, con una extensa referencia a la doctrina recientemente sentada por el TC en la Sentencia de 19 de enero de 1994, en la que se recoge, aunque no sin matices, la tesis de la obligatoriedad del sometimiento a dichas pruebas. A continuación, en el epígrafe cuarto, se aborda un conjunto de cuestiones relativas a la protección de los menores en el ordenamiento español, destacando el comentario de la reforma del CC y de la LEC en la materia, realizada en 1987. También se presta atención a la LO 4/1992, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, que sustituye a la Ley de 1948 sobre Tribunales de Menores, cuya inconformidad con la Constitución fue declarada por el TC en 1991. Los últimos epígrafes del capítulo están consagrados, respectivamente, a la protección penal de la familia y a la igualdad ante la ley de los homosexuales. En el primero de ellos se señalan y comentan brevemente los tipos penales que tienen a la familia como bien jurídico protegido, como pueden ser los delitos contra el estado civil, la bigamia, el abandono de familia, etc. Con indudable sentido de la oportunidad, el autor no deja de comentar cuál es el tratamiento que recibe esta cuestión en el Proyecto de Código Penal que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria. En lo que respecta a la no discriminación en función de la opción sexual de las personas, el debate se plantea, sobre todo, en relación con la posibilidad de homosexuales y lesbianas de constituir una familia en igualdad de condiciones respecto de las parejas heterosexuales. En relación con este

tema se comentan diversos textos recientes, entre los cuales podemos citar la Resolución del Parlamento Europeo núm. A3-0028/94, cuyo texto se reproduce íntegramente en la obra, en la que se formula una serie de recomendaciones a los Estados miembros con el fin de evitar las discriminaciones respecto a estos colectivos, el Decreto del alcalde de Vitoria-Gasteiz, de 28 de febrero de 1994, por el que se crea el Registro Municipal de Uniones Civiles, así como la PNL núm. 40/1993, de la Asamblea de Madrid, en favor de una regulación estatal sobre las uniones de hecho, con independencia del sexo de sus componentes.

El artículo 40 de la Constitución, a cuyo comentario está dedicado el capítulo 2 de la obra, contiene dos partes claramente diferenciadas. El artículo 40.1 contiene los objetivos que deben orientar una política económica unitaria y de aplicación a todo el territorio nacional. Estos objetivos son: el progreso social y económico, una distribución más equitativa de la renta regional y personal y, de manera especial, el pleno empleo. El papel del Estado y de las comunidades autónomas respecto de la política económica es un aspecto que aparece destacado en el libro recensionado, con referencia a la jurisprudencia que el TC ha venido produciendo en la materia, pero es la política de empleo la que acapara la mayor atención del autor. En este sentido, el comentario se centra en las últimas iniciativas promovidas por el Gobierno para el fomento de la ocupación. Estando la reforma laboral en fase de discusión parlamentaria durante la redacción de la obra, el autor no entra a realizar una valoración jurídica de la misma, sino que se limita a ofrecer un resumen de su contenido, en especial en lo relativo a la negociación colectiva, y una breve crónica de los debates parlamentarios, reproduciendo los fragmentos más interesantes de las intervenciones de los portavoces de los diversos grupos políticos. El capítulo termina con una breve exposición de las características del sistema de formación profesional de la República Federal Alemana.

A los artículos 41 a 44 de la Constitución dedica el autor sendos capítulos que destacan por su concisión. En lo que respecta al sistema público de seguridad social (art. 41), en la obra se repasa la jurisprudencia del TC al respecto, destacándose una serie de principios: libertad del legislador y del Gobierno para la configuración del sistema, preponderancia del aspecto prestacional sobre el puramente contributivo, etc. La protección de la emigración, de la salud y de la cultura ocupan los capítulos siguientes de la obra, en los que la cuestión del reparto de competencias entre los diferentes poderes públicos no deja de estar presente.

Entre los capítulos restantes de la obra, dos de ellos destacan por su extensión, se tratan del capítulo 7, sobre la protección del medio ambiente, y del capítulo 13, sobre los derechos de los consumidores. Junto a ellos encontramos otros capítulos dedicados al comentario de los preceptos constitucionales que se refieren a la protección del patrimonio histórico-cultural (art. 46), al acceso de los ciudadanos a una vivienda digna (art. 47), a las políticas de juventud y de promoción de la participación juvenil (art. 48), a la protección de los minusválidos (art. 49) y de la llamada «tercera edad» (art. 50) y finalmente a las organizaciones profesionales (art. 52).

Volviendo a la cuestión de la protección del medio ambiente (art. 45), hay que destacar el tratamiento que el autor hace de ella, abordando cuestiones como la artícu-

lación entre la legislación estatal y las normas adicionales que pueden emanar de las comunidades autónomas o la protección penal de este bien jurídico constitucionalmente reconocido a través del tipo del delito ecológico (art. 347 bis del CP), el cual es objeto de un brevísimo comentario en el epígrafe correspondiente.

Para poner fin a esta recensión, es preciso referirse al tratamiento que en la obra de José Ignacio Rodríguez recibe el artículo 51 de la Constitución, que recoge los derechos de los consumidores. Una vez más, el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas ocupa una buena parte del comentario. De obligada referencia es la STC 15/1989, dictada a propósito de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que tuvo como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de diversos preceptos de la citada ley. A continuación, el autor pasa revista a cada uno de los derechos de los consumidores recogidos en el texto constitucional, con especial atención a la jurisprudencia del TC en la materia.—Oscar Sánchez Muñoz.

MANUEL RAMÍREZ (ed.): *El derecho a la información*, Libros Pórtico, Zaragoza (España), 1995, 119 páginas.

El presente volumen recoge la Jornada sobre el Derecho a la Información organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada», celebrada el día 24 de marzo de 1994 y publicada en este primer Cuaderno «Lucas Mallada». Las siguientes líneas van a intentar resaltar las afirmaciones centrales de las distintas ponencias que integran la Jornada.

Obligado es realizar, de forma previa, una mención de la *Presentación*, de Manuel Ramírez, director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada». En la misma, el lector encontrará útil información sobre la constitución y actividades del citado Centro de Estudios, sobre la concepción de la Jornada sobre el derecho a la información y, en fin, una breve presentación de lo que los Cuadernos «Lucas Mallada» pretenden ser.

Al mismo Manuel Ramírez le corresponde la primera ponencia de la Jornada, que versa sobre el *reconocimiento constitucional y vertiente sociopolítica* del derecho a la información. El autor recuerda cómo el derecho a la información es, respecto de la libertad de expresión, novedoso (en cuanto a la regulación del secreto profesional y la cláusula de conciencia). Si hay algo común en los países de nuestro entorno es: a) la condena de una censura previa incompatible con las libertades; b) la atribución a los jueces del control de veracidad de la información y de su eventual incidencia en las esferas constitucionalmente protegidas del honor y la intimidad, y c) el mínimo catálogo de materias que escapan a esa libertad (secretos oficiales y asuntos que afectan a la seguridad exterior del Estado). Lo que no está claro, por el contrario, es si tales limitaciones deben ser reguladas mediante una ley estatal o por los mismos medios de difusión (autorregulación). Manuel Ramírez opta por la primera solución, apoyándose para

ello en los artículos 81.1, 53.1 y 55.1 (este último en relación con el art. 116) CE, que parecen exigir, en cada caso, una ley orgánica para el desarrollo y otra para su suspensión general.

Desde otra perspectiva sociopolítica, científico-política o filosófica, Manuel Ramírez hace notar, en primer lugar, cómo la libertad de información es algo más que libertad de expresión en el marco de un Estado democrático de Derecho. Manuel Ramírez indica, en segundo lugar, que los medios de comunicación presentan los pareceres del tejido social (aunque tal principio se vea cuestionado por los medios de comunicación públicos y por los medios de comunicación controlados por el Estado) expresando y configurando una opinión pública.

Manuel Ramírez acaba su ponencia aludiendo al problema de los límites del derecho a la información, que cifra —apoyándose en Gil Cremades— en la *privacy*, y conectando esta cuestión, una vez más, con el debate abierto sobre la autorregulación de este derecho por los propios medios de comunicación social.

La segunda de las ponencias que conforman la Jornada corre a cargo de Marc Carrillo y versa sobre la *cláusula de conciencia de los periodistas*. El autor estima que es preciso: *a)* referirse a la misma cláusula de conciencia porque «la situación del ejercicio del derecho a la información en el ámbito de las empresas de medios de comunicación dista mucho de ser pacífica» (pág. 41), y por ello, *b)* legislar sobre su contenido. Ello no cuestiona (como, a juicio del autor, sí lo hiciera Oscar Alzaga) negar a la disposición constitucional que la reconoce su aplicabilidad inmediata, pero sería útil que el legislador marcara el contenido y los efectos del derecho fundamental y confiara en la autorregulación de la materia (a través de los acertados mecanismos que operan en Europa, como son los estatutos de redacción, las sociedades de redactores y los códigos deontológicos).

A continuación, Marc Carrillo recuerda cómo la cláusula de conciencia tiene su antecedente más significativo en la ley francesa de 1935. Ahora bien, el autor entiende que la ubicación del derecho a la información en el Estado social y democrático de Derecho enriquece la noción de cláusula de conciencia, aplicable no sólo cuando la propiedad de la empresa haya cambiado de manos o de línea, sino también cuando una decisión tomada por la empresa periodística altere de forma no razonada el *status* profesional del periodista en el proceso de producción informativa, lesionando el código deontológico que objetivamente asume la profesión. Mientras que en el primer caso el efecto de la cláusula de conciencia supone siempre una indemnización (que debe equivaler, al menos, a la del despido improcedente), en el segundo caso cabe, además de tal solución, otra, que es la anulación de las ilegítimas medidas empresariales. En todo caso, la cláusula de conciencia introduce un «elemento de ruptura sobre el principio de autonomía de las partes».

Tras examinar brevemente la cláusula de conciencia en los ordenamientos constitucionales francés, alemán, portugués e italiano, el autor analiza la cuestión en el Derecho español, centrándose en sus titulares activos (*toda persona —redactor, colaborador permanente o fotógrafo— que interviene en el proceso de producción informativa de forma decisoria sobre los contenidos del mensaje informativo*), titulares

pasivos (aludiendo a los medios de comunicación de titularidad y gestión públicas como a los privados), al objeto (cambio de tendencia o decisión empresarial lesiva), a los instrumentos de arbitraje (que debe regular el legislador, pero en los que debe tomar protagonismo, a juicio del autor, la autorregulación profesional) y los efectos (donde propugna una indemnización adicional al periodista afectado que facilite su tránsito hacia una nueva ocupación profesional).

Remedios Sánchez Férriz analiza a continuación *el derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tras realizar algunas consideraciones teóricas de carácter general, la autora hace notar cómo el derecho a la información no supone, en opinión del Tribunal Constitucional, una concreción de la libertad de expresión (tesis monista), sino un derecho diferente (tesis dualista). Aceptada la autonomía de la categoría, Remedios Sánchez Férriz indica los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional respecto de la misma. El primero es el de la veracidad, entendida ésta, como es sabido, como diligencia del periodista y no como verdad objetiva. El segundo criterio es la relevancia pública de los hechos que se transmiten por recaer sobre un personaje público o por ser hechos intrínsecamente públicos. El tercer criterio es que la intimidad es un límite al derecho a la información (art. 20.4 CE). En este punto, la autora recuerda la importante afirmación realizada por el Tribunal Constitucional de que «tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» (STC 20/1990/3). En la misma dirección, y en cuarto lugar, el Tribunal dota de mayor precisión al honor que, en conexión con la dignidad de la persona, limita al derecho de información. Por fin, el quinto y último criterio del Tribunal Constitucional es reconocer que la molestia es a veces inevitable (aunque no lo sea, en ningún caso, el insulto).

Toma la palabra, a continuación, el profesor Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, que examina *el secreto profesional de los periodistas*. El autor parte de la imposibilidad de que se haya llegado, en sede parlamentaria, a desarrollar el secreto profesional constitucionalmente reconocido. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor estima, además, que puede el legislador (si lo desea, naturalmente) dotar al secreto profesional de un carácter ilimitado. Esta afirmación la apoya el autor en dos consideraciones. La primera es que no es correcta la afirmación genérica de que no existen derechos ilimitados. En efecto, el derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE) o el derecho de sacerdotes o ministros de otras confesiones a no testificar en causa criminal sobre los secretos conocidos en el ejercicio de su ministerio (art. 417 LECr) son, siempre a su juicio, absolutos. La segunda consideración es que no se puede extrapolar la interpretación del artículo 24.2 CE (que indica que la ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar, configurando así una facultad, una exención del deber, limitada) al secreto profesional que garantiza la libertad de información [art. 20.1.d) CE]. Las diferencias entre ambos supuestos aluden a su naturaleza [el art. 24.2 CE contiene una exención de un deber, el art. 20.1.d) un derecho constitucional], su destinatario [el art. 24.2 CE alude a personas requeridas de investidura pública para el ejercicio de la profesión; esto no se da en el art. 20.1.d) CE], objeto [el art. 24.2 CE protege el contenido de la información, el

art. 20.1.d) CE la fuente] y el bien jurídico protegido [la intimidad en el marco del art. 24.2 CE y el propio derecho a la información en el art. 20.1.d) CE].

Por tanto, el legislador puede (aunque no esté jurídicamente obligado a ello) formalizar un derecho absoluto de secreto profesional. Ese sería el techo del derecho. El suelo, el contenido esencial, es, por el contrario, la intimidad (STC 100/1984).

En todo caso, no se ha desarrollado el derecho por varias incomprensiones del alcance de la institución del secreto de los profesionales. La primera es la idea de que mediante la ocultación de las fuentes los informantes puedan eximirse de una responsabilidad penal sustantiva. El secreto solamente favorece al periodista-testigo excluyendo la posible imputación delictiva por su silencio (a través del delito de desobediencia). No favorece al periodista-acusado, que se ve beneficiado por el derecho a guardar silencio que le otorga el artículo 24 CE. La segunda incomprensión es la que hace pensar que el secreto de los profesionales puede conllevar la exención del deber de denuncia (art. 262 LECr). Ello no es así porque el secreto se refiere a la fuente, pero no al contenido. La tercera incomprensión es la que configura, en todo caso, los secretos del Estado como límite externo y necesario del secreto profesional cuando ello no es claro.

En todo caso, si el legislador optara por formalizar límites al secreto de los profesionales, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor recomienda optar por una fórmula general que enmarcase la praxis judicial. La fórmula general podría ser, en su opinión, la siguiente: «El periodista sólo estará obligado a testificar, revelando sus fuentes, en causa criminal, para delitos graves, mediante resolución judicial motivada y cuando su testimonio fuere imprescindible para el establecimiento procesal de la verdad o la detención del delincuente» (pág. 76).

La siguiente ponencia, dedicada a *la crisis del discurso clásico sobre la libertad de expresión*, corre a cargo de Gregorio Peces-Barba Martínez. Este autor comienza recordando las razones con las que John Stuart Mill justificaba la libertad de expresión (que la opinión que se acalla pueda ser cierta; que siendo falsa pueda contener una porción de verdad; que la mayoría no pueda comprender, por su contraste, el fundamento racional de la verdad, y que su aceptación como dogma estorba o impide el desarrollo de cualquier convicción verdadera). El discurso clásico de la libertad de expresión protege la autonomía moral de todos. Ahora bien, el planteamiento del problema no puede ser presentado hoy de igual forma. Hay una serie de hechos nuevos que cuestionan tal análisis clásico, como son: *a)* la conexión de la libertad de expresión y las sociedades democráticas; *b)* la incorporación a los medios de comunicación de poderes económicos generales (como muestra el caso de Silvio Berlusconi); *c)* el cambio de la importancia de los medios técnicos, y *d)* el peligro derivado de los poderes que limitan el mismo poder de los medios de comunicación. A continuación, Gregorio Peces-Barba Martínez examina la cuestión desde un punto de vista económico (examinando la posición de los propietarios de los medios de comunicación) y técnico (aludiendo aquí a los profesionales de la información). En este último punto cuestiona las razones que hacen que unos u otros hechos sean noticias y otros no. En su determinación pueden subyacer motivos diversos [haciendo prevalecer los intereses de: *a)* los medios de comunicación; *b)* de los profesionales, o *c)* la elección más cómoda de ambos].

Gregorio Peces-Barba Martínez estima útil la autorregulación, pero necesaria la legislación que desarrolle la libertad de expresión. Termina su interesante ponencia aludiendo al difuso papel que respecto del derecho a la información desempeñan los destinatarios, que estamos fragmentados (pág. 85), y a la criticable consideración teatral de la política.

Joaquín Estefanía examina *la concentración de medios* en la siguiente ponencia. El autor demuestra con una buena lista de ejemplos cómo tal concentración de medios se está imponiendo en el exterior y cómo en el interior se ve condicionada por: *a)* la debilidad estructural de las empresas multimedia españolas, y *b)* por la ausencia de capitales fuera del sector bancario para afrontar inversiones multimillonarias. Si España no afronta tales fenómenos de concentración, verá colonizado absolutamente un sector no solamente productivo, sino también un conglomerado cultural e ideológico.

Es cierto que la concentración de medios puede constituir un potencial peligro para la libertad de expresión y de información. Es, por ello, necesario contrarrestar tales efectos secundarios [mediante *a)* los estatutos de la redacción que establecen las relaciones profesionales entre los periodistas y la propiedad de los medios, y *b)* la transparencia absoluta de los medios de comunicación y de su propiedad]. Debe tenerse en cuenta también, y finalmente, las virtualidades de la concentración de medios, como son la constatación de que los medios más genuinamente libres están en manos de grupos multimedia y que la concentración de medios permite la pervivencia de medios pequeños o incluso gratuitos.

Justino Sinova examina a continuación *las consecuencias profesionales del derecho a la información*. El autor estima que el derecho a la información, que incluye tres facultades —de investigar, de emitir y de recibir información—, es un derecho natural (que corresponde a la persona por el hecho de ser persona, pág. 98). Este derecho obliga al Estado a velar por el pluralismo (lo que conlleva matizar las afirmaciones de Joaquín Estefanía) y al profesional y a las empresas informativas a informar. De este (discutible, a juicio del autor de estas líneas) principio se deduce una serie de consecuencias prácticas. La primera es el respeto a la verdad. La segunda es la obligación de diferenciar los hechos de las opiniones (o los hechos de la publicidad). La tercera es la servidumbre de la independencia que el profesional debe perseguir. «El periodista está obligado a aspirar a la neutralidad, a la imparcialidad» (pág. 101). La cuarta y quinta consecuencias se refieren al deber de tolerancia y al deber de rectificación que el autor no desarrolla en su ponencia.

Justino Sinova termina su intervención haciendo dos puntualizaciones. Su concepción de la cláusula de conciencia es radical, ya que exige que el cambio de orientación del medio de comunicación afecte a la posibilidad de realizar información independiente o que las modificaciones realizadas en el texto de un informador sean de fondo. La segunda puntualización es que el ejercicio informativo es un deber público que atañe no sólo a los informadores, sino también a todos aquellos que tienen alguna labor de comunicación (profesores, escritores...).

Carlos Sentís toma a continuación la palabra para referirse, con especial brevedad, a *las fuentes de la libertad de expresión*. La tesis mantenida en la ponencia es pesi-

mista. El autor recuerda que no se han desarrollado aún a través de Ley Orgánica la cláusula de conciencia y el secreto profesional [art. 20.1.d) CE]. Alternativamente, se pueden lograr unos códigos deontológicos (como se ha hecho en Barcelona y Madrid), pero éstos tienen una eficacia muy limitada: *a)* porque: hay medios de comunicación que no se vinculan al mismo, y *b)* porque incluso la vulneración del código por alguno de los medios de comunicación a él adheridos no conlleva ninguna sanción efectiva. En Inglaterra se pretendió reforzar el control con la creación de un Patronato integrado por personas de reconocido prestigio, aunque su funcionamiento ha sido deficiente por su alto coste económico.

Pero es que, además, es difícil detener la mecha de la información de la prensa amarilla. Piénsese, por ejemplo, en los escándalos de la casa real inglesa, que han llegado a las portadas de los periódicos más clásicos y que no constituyen, en ningún caso, libelo por referirse a hechos auténticos. Incluso, en asuntos en los que la propia prensa amarilla ha propiciado las noticias (caso Bienvenida Pérez), no puede negarse que ha publicado hechos reales. Por estas razones, el autor acaba su trabajo concluyendo que «no hay nada que nacer; no hay ninguna frontera» (pág. 110).

El volumen se cierra con la ponencia de Tomás S. Vives Antón sobre *la libertad de expresión e información: límites penales*. Profundizar en la materia objeto de examen exige realizar un análisis instrumental sobre el contenido constitucional (el fundamento) de la libertad de expresión. Las opiniones han sido, en este punto, variadas. Así, para Michael John (y para el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el caso *New York Times vs. Sullivan*), la libertad de expresión es básica para el funcionamiento de las instituciones democráticas. No puede prohibirse la libertad de expresión, aunque sí ciertas expresiones (la pornografía o el libelo). Emerson estima, por su parte, que la libertad de expresión es absoluta y carece, por ello, de límites. Sí que pueden prohibirse las acciones (como es, por ejemplo propuesto por el juez Holmes, la cometida por la persona que grita fuego en un teatro donde no lo hay). Su tesis se fundamenta en la de los *performativos* de John Austin, que alude a palabras acción (como es, por ejemplo, el prometer, que es, por definición, hacer algo). Scanlon no comparte la visión de Emerson. Entiende, por el contrario, que el fundamento de la libertad de expresión, que es la autonomía moral del hombre (realizando así una lectura kantiana de Stuart Mill), justifica también sus límites. El autor entiende, en fin, en línea con Fabermans, que la libertad de expresión se funda en el libre mercado de las opiniones, entendido éste como mercado de mercancías. Este mercado se ha degradado. Existe, en efecto, un modelo normativo de opinión pública, las encuestas y, en fin, en unos libros que utiliza una élite y que no conforman, por ello, la opinión de las masas. El problema no se sitúa en el derecho, sino en unos modos de vida cada vez más irreflexivos.

Tomás S. Vives Antón examina, finalmente, las fronteras y límites de la libertad de expresión. Alude, en primer lugar, a las reglas de orden que supone una condición del propio ejercicio de la libertad de expresión. Se superan las fronteras del derecho cuando se traspasan los límites del derecho (así, cuando se toca un tambor a las tres de la mañana para felicitar a un personaje público o cuando se realiza una huelga de hambre como protesta —casos GRAPO—). Los límites son internos y externos. Los

primeros, que dependen del propio contenido del derecho, son la exigencia de veracidad o el respeto del derecho al honor. Los límites extrínsecos necesitan de una justificación constitucional muy clara para ser legítimos. El autor no comparte el parecer del Tribunal Constitucional en este punto, que ha defendido el *test* del balance caso por caso en beneficio de la jurisdicción ordinaria. Tal solución, en opinión del autor, no es de recibo en un sistema de justicia constitucional concentrado.—*Francisco Javier Matía Portilla*.

RÜDIGER WOLFRUM y GUNNAR SCHUSTER (eds.): *Verfahren der Kandidatenaufstellung und der Wahlprüfung im europäischen Vergleich*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, 213 páginas.

Uno de los grandes temas con los que, de modo cada vez más apremiante, ha de enfrentarse una Ciencia del Derecho Constitucional a la altura de su tiempo, es decir, con vocación de solucionar los problemas jurídico-políticos del presente, es el de la regulación de los partidos políticos, instrumento fundamental de la participación política, y, por tanto, de la democracia, principio vertebrador de todo nuestro sistema constitucional. Esta regulación resulta a menudo dispersa (el llamado Derecho de partidos está contenido en normas de distinta naturaleza) e incompleta; pero recuérdese (con Kelsen) que el Derecho también regula con sus silencios, que muchas veces se revelan tan significativos. Además, esta regulación muchas veces está dotada, si se permite la expresión, de una menor fuerza normativa, es decir, que no es infrecuente encontrar en esta materia casos en los que la realidad va por un lado y la norma por otro, sin que resulte fácil la utilización de mecanismos coactivos en caso de incumplimiento de la norma.

Entre los muchos aspectos relativos a la actividad de los partidos, hay uno particularmente interesante que no ha sido objeto de tratamiento entre nosotros. Nos estamos refiriendo al procedimiento para la designación de los candidatos que integran las listas que los partidos presentan a las elecciones. La ausencia de estudios sobre el tema en España puede resultar comprensible, ya que no existe normativa legal expresa sobre este punto, pero no nos parece justificable dada su importancia para la concreción práctica de la democracia.

En efecto, en nuestro país no hay más exigencias para la presentación de candidaturas electorales que las meramente formales (arts. 44-46 LOREG), ya que el mandato constitucional de democracia interna tiene, en su proyección legal (art. 4.2 de la Ley 54/1978), escaso contenido. Todo se remite, pues, a los Estatutos de los partidos, que, pese a sus diferencias (que sería prolijo relatar aquí), suelen atribuir la decisión final sobre la designación de los candidatos a sus órganos ejecutivos centrales [cfr., v. gr., el art. 31.h) de los Estatutos Federales del PSOE y el art. 37.1 de los Estatutos del PP], de tal modo que la aprobación de las candidaturas se convierte, de hecho, en una elección de tercer o cuarto grado, en la que la capacidad de decisión del afiliado individual resulta prácticamente nula.

La cuestión que ahora se plantea (y que aquí no podemos sino mencionar) es la si-

guiente: ¿debe el Estado intervenir en el procedimiento intrapartidario de designación de candidatos electorales, y en caso afirmativo, puede hacerlo mediante los mecanismos jurídicos vigentes o sería conveniente una reforma (frecuentemente reclamada por la doctrina e incluso prometida por el PSOE en su programa electoral de 1993) de la ley de partidos que atendiera a estas cuestiones? Desde luego, de momento la única posibilidad de atacar el procedimiento interno de designación de candidatos radicaría en la alegación directa del artículo 23.1, en conexión con el artículo 6, de la Constitución, argumentación quizá discutible y que no cuenta con precedentes jurisprudenciales, pero que nos parece perfectamente legítima, al menos para los casos más manifiestos de vulneración por los órganos centrales de los partidos del derecho de participación de los afiliados (para un supuesto asimilable, intentamos ya esta vía en Guillermo Escobar Roca, «Los derechos de admisión y permanencia en los partidos políticos: aspectos constitucionales», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, año 1992-93, vol. 2, págs. 115-142).

Para encontrar algo más de luz en toda esta problemática, la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 20 de octubre de 1993 resulta de gran interés, pues se enfrenta directamente con la cuestión, sentando una importante jurisprudencia cargada de matices y que seguramente no será aplicable con carácter general, dada la gran variedad de casos que pueden presentarse, pero que parte de un presupuesto que interesa aquí resaltar: la Constitución (aquí, el art. 38 LFB, todavía más impreciso que el art. 23 CE) impone una interpretación del Derecho electoral que haga posible que la designación intrapartidaria de los candidatos electorales se realice con arreglo a procedimientos democráticos, cuyo contenido intenta precisar el Tribunal.

El libro que ahora comentamos es el informe elaborado por varios colaboradores del Instituto Max Planck de Derecho Público, Internacional y Comparado de Heidelberg y que fue utilizado en los trabajos de elaboración de la sentencia antes citada. Se trata de un estudio empírico, descriptivo de la regulación y praxis de esta materia en trece países europeos (Noruega y todos los de la Unión Europea, salvo Luxemburgo, Alemania y Portugal) sin pretensión valorativa alguna. Así, la exposición de los distintos países es bastante aséptica, e incluso la comparación propiamente dicha (págs. 204-213), que aparece a modo de conclusión, permanece en ese estilo claramente acrítico que anima toda la obra, cuyo planteamiento puede parecer inhabitual e incluso chocante entre nosotros: aquí ni es frecuente que los organismos públicos soliciten informes tan concretos a otras instituciones, científicas o académicas, ni la elaboración de este tipo de trabajos, tan necesarios muchas veces (y lo serán cada vez más), suele atraer demasiado a nuestros autores, que en ocasiones tienden a aportar soluciones propias, pretendidamente originales, antes de observar previa y detenidamente lo que acontece en nuestro entorno.

Pues bien, efectuado el estudio de los trece países, el balance final no resulta precisamente aleccionador. Pese a múltiples diferencias de matiz entre todos ellos, la nota dominante es la que ya apuntábamos anteriormente en relación con España: el procedimiento de designación de los candidatos que han de formar parte de las listas electorales que presentan los partidos es una cuestión que no está regulada por ley, dejándose

así su concreción a los Estatutos de cada partido, los cuales, por su parte, suelen hacer descansar todo el peso de la decisión en sus órganos centrales.

Por fortuna, el libro que comentamos no atiende únicamente a la regulación legal de esta materia, sino que, con acierto, indaga en las normas estatutarias (sobre cuya naturaleza jurídica —tema este de gran interés— nuestra doctrina está aún por pronunciarse) e incluso en su aplicación práctica, rozándose, como no podía ser de otro modo, la sociología jurídica. Este enfoque de la cuestión nos permite ver con mayor claridad el enorme peso de la realidad sobre la norma, de modo tal que, en caso de contradicción entre ambas, lo que parece imponerse siempre es la realidad. Así, por ejemplo, observamos que en aquellos países (España, Grecia) cuyas Constituciones contienen un mandato expreso de democracia intrapartidaria, este mandato no tiene consecuencia alguna en el procedimiento de designación de candidatos, y lo que es más grave, que en los países en los que, como excepción, existen normas legales sobre esta cuestión, su vulneración o sólo tiene efectos negativos en la financiación del partido infractor (Noruega) o, curiosamente, no puede ser controlada judicialmente (Finlandia). Ni qué decir tiene que en el resto de los ordenamientos no está previsto ningún mecanismo de control de los procedimientos de designación de candidatos, y los recursos electorales previstos (v. gr., nuestro art. 49 LOREG) sólo hacen referencia a la vulneración de los requisitos formales externos exigidos por la ley, no al procedimiento seguido en el interior del partido.

En el marco de esta breve nota no podemos detenernos en las peculiaridades y diferencias de detalle entre lo que acontece en los distintos países, pues estas diferencias (v. gr., en los países suroccidentales parece más acusada la tendencia a reforzar los órganos centrales; en algunos partidos existe la posibilidad de alguna intervención, generalmente limitada, del afiliado individual, etc.) no obedecen casi nunca a una clara motivación reductible a un esquema general y, en todo caso, no contravienen la nota dominante, ya apuntada, de predominio —desprovisto de control jurídico expreso— de las organizaciones centrales de los partidos en detrimento de la participación de los afiliados individuales.

La valoración de esta situación está fuera del propósito de la obra comentada, pero su atenta lectura permite abrir un debate que juzgamos necesario, sobre todo en estos momentos de progresivo distanciamiento entre los ciudadanos y los partidos, tan peligroso para el futuro de la democracia. Sin duda, cualquiera que quiera profundizar en esta materia cuenta ya con un trabajo riguroso y sistemático, necesario para asentar posteriores reflexiones sobre un tema sin duda fundamental, y que deberá ser analizada a partir de la experiencia de los países de nuestro entorno, o al menos tras un conocimiento de esta experiencia, de la cual este libro ofrece una útil exposición, que deberá completarse con el estudio del Derecho alemán, excluido de esta obra, pero cuyo conocimiento resulta asimismo imprescindible.—*Guillermo Escobar Roca*.

