

# *RESEÑA BIBLIOGRAFICA*



## NOTICIAS DE LIBROS

JOSÉ MANUEL MOREIRA CARDOSO DA COSTA: *A evolução constitucional no quadro da Constituição da República de 1976*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, 19 págs.

Este texto tiene su origen en la conferencia pronunciada por José Manuel Moreira Cardoso da Costa, Presidente del Tribunal Constitucional portugués, durante el acto académico celebrado en junio de 1994 en la Facultad de Derecho de la *Eberhard-Karls-Universität* de Tubinga, que le había conferido el grado de doctor *honoris causa*.

El autor ofrece en el texto una visión general de la evolución constitucional en el país vecino desde la Revolución de 1974, a través de las líneas maestras que han caracterizado los años de vigencia de la Constitución nacida en 1976, tras dos años de proceso constituyente.

Partiendo de la afirmación de que no existe en la actualidad un *problema constitucional* en Portugal, en referencia a que hay una identificación generalizada sobre sus postulados y a que, además, están bien definidos y claramente aceptados sus principios estructurantes (*dignidad de la persona humana y reconocimiento de sus derechos; estado de derecho; democracia política, participativa y pluralista; y legitimación del Estado para intervenir en la política social y económica*), definirá con claridad cuáles han sido los pasos esenciales que se han producido en la evolución de la norma fundamental portuguesa para que pudiese pasar de aquel texto originario de 1976, caracterizado por una fuerte componente *revolucionaria y socialista*, al actual de —ahora— 1996, alejado de aquél en algunos de sus principios estructurantes.

El procedimiento para este cambio radical ha sido, como no podía acontecer de otra forma, la revisión constitucional. Tres reformas, dos de ellas de gran profundidad, que han hecho calificar al proceso evolutivo de la Constitución de 1976 como un *proceso constituyente global*.

Ya en el origen de la Constitución está la necesidad de prolongar el proceso constituyente en el tiempo, teniendo en cuenta que la norma aprobada y promulgada el 2 de abril de 1974 (y que, aprovechando el simbolismo de las fechas históricas, entró en

vigor el 25 de abril de ese mismo año, dos después de la *Revolución de los claveles*) nace ya con un acuerdo implícito, entre fuerzas políticas y revolucionarias, sobre su *transitoriedad*. La razón de ser de esta aceptación implícita de su carácter transitorio se encuentra en las fuertes tensiones bajo las que nació dicha Constitución. Eran muchos los sujetos intervinientes en el debate constitucional, tanto dentro como fuera de la Asamblea constituyente. El protagonismo pasaba por los partidos políticos —situados en un abanico amplísimo que iba desde la extrema derecha a la extrema izquierda—, pero también por el propio Ejército —donde prevalecían, aunque no con gran diferencia, los mandos más cercanos a los postulados *socialistas* de la Revolución y en el que existía una fuerte división entre *oficiales* de izquierda y de derecha, división que en los momentos de mayor tensión tras el 25 de abril estuvo a punto de desembocar en guerra civil— y, en menor medida, por las fuerzas sociales. Demasiados protagonistas, con posiciones contrapuestas y contradictorias —en algunos casos irreconciliables—, que trajeron consigo una Constitución de *compromiso*, tanto en lo económico como en lo político, pero no de *consenso*, y en la que prevalecía el componente *socialista* sobre todos los demás. Se impuso así la *legitimidad revolucionaria*, salvaguardada fundamentalmente por el *Movimiento de las Fuerzas Armadas*, que defendía como piedra angular de su programa un desarrollo pacífico del proyecto revolucionario hacia objetivos socialistas.

Por tanto, la Constitución portuguesa de 1976 estaba claramente marcada por el contexto revolucionario en el que nació, lo que provocó que su capacidad integradora quedase aplazada y que se manifestase más como motivo de disenso que como factor de consenso. Adolecía, además, de una difícil operatividad práctica, limitado como estaba el ideario económico-social de la norma fundamental por las exigencias inmediatas del mundo de la economía real y su contexto. Y se manifestaba, por último, como una Constitución *vigilada* desde el estamento militar, el cual, a través del órgano constitucional del *Consejo de la Revolución*, disponía del control de la constitucionalidad de los diversos textos normativos, con el asesoramiento —pero sólo asesoramiento— de la *Comisión Constitucional*.

Fue precisamente dentro de estas dos perspectivas —la orgánica y la económica—, como pone de manifiesto en el texto el presidente del Tribunal Constitucional, donde se pusieron con más claridad en evidencia las dificultades con que tropezaba la Constitución de 1976 para ordenar de forma pacífica y consensuada la convivencia de los portugueses. Porque el entendimiento más flexible que se intentó dar a la Constitución, fundamentalmente en sus postulados económicos, con el intento por reducir el ámbito del sector económico vedado a las empresas privadas, por parte de la mayoría de centro-derecha que venció en las elecciones de 1979 y 1980, tropezó con el filtro del control de constitucionalidad de los diversos textos normativos que concretaron dicho intento, realizado por el *Consejo de la Revolución*.

Así, pues, según el autor, ante una Constitución con grandes dificultades y perplejidades en el campo teórico, en la praxis constitucional, y en la acción política, el debate de la revisión constitucional se encontraba a diario en el centro de la vida política, y se hizo especialmente intenso con el cambio de década. La razón se encontraba en

que en el año de 1980 concluía el período de *intangibilidad constitucional* que el texto constitucional de 1976 había establecido, al condicionar la posibilidad de la apertura del proceso de revisión al comienzo de la II Legislatura. Sin embargo, y aunque esto se produjo en el mes de octubre de 1980, la revisión tropezaba con otro problema fundamental, que ocupó el debate constitucional de la época: los límites a la revisión del artículo 290 de la Constitución de 1976.

Al respecto, como pone de manifiesto en su conferencia José Manuel Moreira Cardoso da Costa, existían dos tesis. Una sustentaba la plena validez de los límites al poder de revisión constitucional, e insistía en que la modificación de la Constitución debía seguir el proceso correspondiente, y respetar dichos límites, por lo menos en cuanto no fuesen, por sí mismos, modificados o eliminados por la misma vía. La otra tesis partía de que el artículo 290 podía ser incompatible con una concepción constitucional democrática, y procuraba reducir su alcance; y en último término advertía de la posibilidad y legitimidad de acudir al poder constituyente originario, a través del referéndum popular, para vencer el bloqueo de la cláusula de dicho artículo. A pesar de todo, se pudo seguir la vía del artículo 290, con *algún entendimiento flexible de sus límites*, como dice el autor.

En este sentido, se echa de menos en los planteamientos de la conferencia que el presidente del Tribunal Constitucional hurte en su discurso un elemento fundamental de dicho *entendimiento flexible*, ya que la votación de la reforma se produjo en la *Asamblea de la República* a través de un procedimiento de dudosa constitucionalidad, cual es efectuar una *votación final global* sobre el conjunto de las revisiones, las cuales deberían haber sido votadas una a una, ya que la revisión no es una unidad, sino un conjunto de concretas alteraciones a la Constitución.

A pesar de ello, no obstante, la primera revisión constitucional prosperó e incidió sobre aspectos fundamentales del anterior texto constitucional. Se eliminó así el *Consejo de la Revolución*, con lo que desapareció la tutela militar sobre el proceso político. Al mismo tiempo, la función de control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico volvía en exclusiva a los órganos judiciales y dependía, en último término, del Tribunal Constitucional, heredero de la *Comisión Constitucional*, hasta entonces sólo con funciones consultivas. Según el autor, por otro lado, la revisión no fue tan profunda en cuanto a la Constitución económica, aunque se eliminaron las referencias ideológicas y programáticas más marcadas, se reconoció la *iniciativa privada* en la economía como un derecho fundamental, y se pasó a un modelo de economía mixta menos ideologizado y más racional. Estos pasos dados por la revisión de 1982 fueron confirmados, además, por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, como ocurrió cuando admitió la posibilidad de reprivatización de la parte minoritaria del capital de las empresas nacionalizadas, por entender que eso no contradecía el principio de la *irreversibilidad de las nacionalizaciones*, principio que se había mantenido tras dicha primera revisión. Revisión que, para el presidente del Tribunal Constitucional, seguía respetando en alguna medida el compromiso doctrinario del primer texto constitucional, como se ponía de manifiesto con el mantenimiento de la *transición al socialismo y las sociedades sin clases* como objetivo y meta final de la sociedad portuguesa; o con la existencia todavía de principios como *la apropiación colectiva de los medios de pro-*

*ducción, el desarrollo de la propiedad social o la sujeción de la economía a la orientación y la disciplina de la planificación.*

De esta forma, para José Manuel Moreira, la primera revisión constitucional de 1982 fue profunda, pero seguía manteniendo dos Constituciones. Esa bipolaridad desaparecería definitivamente con la revisión de 1989.

Fruto en gran medida de la incorporación de Portugal a la Comunidad Europea, y llegado el momento de poder abrir una segunda revisión constitucional, se efectúa en 1989 la segunda modificación a la Constitución en el país vecino. Sin grandes cambios en la parte orgánica, cuya estructura pudo quedar definida y consensuada en la anterior revisión, ésta de 1989 se centra fundamentalmente en la parte dogmática de la norma suprema portuguesa, con especial incidencia en el apartado económico.

Señala el presidente del Tribunal Constitucional las modificaciones que acabaron con la Constitución económica tal y como había nacido tras la Revolución de abril de 1974. En esta segunda revisión se eliminaron algunos de los principios propios del ideario socialista presentes todavía en la Constitución, tales como la finalidad de una *sociedad sin clases*, sustituida ahora por *la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria*; o el objetivo de *la transición al socialismo*, cambiado por *la realización de la democracia económica, social y cultural y la profundización de la democracia participativa*. Se eliminó también la que fue considerada una de las mayores conquistas de la Revolución: *la irreversibilidad de las nacionalizaciones*; y se acabó, concluyendo esta profunda revisión, con algunos de los límites materiales a la mutación constitucional aún vigentes. Entre ellos, *la apropiación colectiva de los principales medios de producción y la planificación democrática de la economía*.

Después de este breve repaso que hace José Manuel Moreira a la evolución de la Constitución portuguesa, establece el autor sus conclusiones en torno a este proceso, no sin antes recordar los rasgos principales de la última revisión de 1992, cuya finalidad fue adaptar dicha norma a las exigencias del Tratado de Maastricht, y en la que se incluyen la apertura constitucional para permitir que Portugal pueda *en condiciones de reciprocidad, en relación con el principio de subsidiariedad, y teniendo presente la realización de la cohesión económica y social, pactar el ejercicio en común de los poderes necesarios para la construcción de la Unión Europea* (núm. 6 del art. 7); la posibilidad de extensión del sufragio activo y pasivo a los extranjeros, en condiciones de reciprocidad, para las elecciones municipales y al Parlamento Europeo (núms. 4 y 5 del art. 15); y, por último, la creación de mecanismos para el control por parte de la *Asamblea de la República* de la participación de Portugal en el proceso de construcción de la Unión Europea (letra f del art. 166 y núm. 1 del art. 200).

Como cierre, se decía, concluye el autor afirmando que la evolución sufrida por la Constitución de 1976 ha hecho que ésta fuera perdiendo su carácter problemático, consensualizándose a la vez que ganaba una revitalizada fuerza normativa. Y todo ello además, continúa diciendo, manteniendo esta Constitución su propia singularidad, basada en *la acentuación de su empeño social y en la extensión de su desarrollo programático*. Por otro lado, añade en su discurso conclusivo, las cuestiones dogmáticas sobre el respeto o no de los límites y los cauces de la revisión, o sobre si la Constitución de

1976 es *la misma* que la existente después de esas tres revisiones carecen de relevancia práctica.

Es ésto, sin embargo, lo que se echa en falta en estas breves reflexiones del Presidente del Tribunal Constitucional portugués. Porque las cuestiones suscitadas acerca de los profundos cambios sufridos por el texto constitucional de 1976 en sus sucesivas reformas, o el procedimiento seguido para ello, son cuestiones que han tenido y siguen teniendo una importante trascendencia política en el país vecino, sobre todo por haber dejado fuera del *consenso constitucional* a una importante fuerza política portuguesa y a su base social —aunque cada vez sea menor su apoyo electoral— durante estas dos décadas —el *Partido Comunista de Portugal*—; a pesar de que no permitan negar, eso parece claro, los grandes avances —fundamentalmente en cuanto a su racionalidad normativa— que han supuesto dichas revisiones para esta Constitución.—*Carlos G. Ortega Santiago.*

FRANCIS DELPÉRÉE: *Les droits politiques des étrangers*, Presses Universitaires de France (Colección «Que sais-je?», núm. 2.993), París, 1995, 127 págs.

El libro del que se da noticia aborda la cuestión de los derechos políticos de los extranjeros con una finalidad principalmente descriptiva, haciendo gala de un estilo preciso y didáctico, estilo que además constituye la marca inconfundible de la colección «Que sais-je?», dentro de la cual es una de las más recientes obras publicadas.

Se preocupa el autor en la introducción de situar su aportación dentro de un marco temporal y geográfico bien determinado: la perspectiva adoptada es claramente europea y el enfoque es claramente actual, centrándose sobre todo en el conjunto de cuestiones suscitadas tras la puesta en aplicación del Tratado de Maastricht.

Al proceder a la delimitación de la categoría de los derechos políticos, destaca el profesor de Lovaina la complejidad de la misma, dentro de la cual pueden caer diversos derechos y de diversa manera. A los efectos de la explicación posterior, el autor ofrece una clasificación en dos grandes grupos: el primero es el de los «derechos políticos fundamentales» (en el sentido de derechos básicos), dentro del cual incluye el sufragio activo y pasivo, así como el acceso a los empleos públicos; el segundo grupo abarca lo que el autor va a llamar «derechos derivados», entre los que incluye, de una parte, los llamados «derechos populares», que se corresponden con la participación política directa o semidirecta, y de otra parte, las manifestaciones que los derechos políticos fundamentales pueden tener fuera de los contextos institucionales clásicos (el Estado y los entes territoriales), en concreto las manifestaciones del derecho electoral activo y pasivo a nivel europeo.

Junto a estos dos grupos de derechos, es posible citar hoy día una serie de derechos que derivan de las nuevas exigencias de la democracia, como el derecho de acceso a las informaciones administrativas, el derecho a participar en la Administración o el derecho a recurrir a un mediador (el equivalente del Defensor del Pueblo). Estos derechos pueden ser definidos, a juicio del autor, como «derechos políticos complementarios»,

debiendo esta denominación tanto a su más reciente carácter, como a que constituyen los últimos retoques de lo que podría denominarse la arquitectura de la ciudadanía contemporánea. El libro recensionado no se ocupa, sin embargo, de esta última categoría, centrándose únicamente en los dos grupos anteriormente citados.

El Capítulo I, que ocupa más de la mitad del libro, constituye un repaso sistemático del estado de las legislaciones de los países europeos, en concreto de los de la Europa de los Doce anterior a la última ampliación de las Comunidades Europeas, en lo que respecta al ejercicio por parte de los extranjeros de los derechos políticos definidos en la Introducción como «fundamentales», es decir, el derecho electoral activo y pasivo, y el acceso a los empleos públicos.

Comienza el autor hablando del sufragio activo en las elecciones legislativas, destacando que la exclusión de los extranjeros, como corolario de la doctrina sobre la soberanía nacional, es la regla general al respecto, existiendo únicamente dos excepciones: el Reino Unido y la República de Irlanda. Ambos Estados reconocen el derecho de sufragio activo a los residentes con nacionalidad del otro Estado. Lo único que merece ser destacado es la diferente técnica utilizada en uno y otro caso: en el caso del Reino Unido el reconocimiento se hace de forma específica respecto de los irlandeses (*Ireland Act, 1948*), mientras que en el caso de Irlanda la Constitución remite la cuestión a la legislación ordinaria (*Electoral Act, 1992*), que, de una parte, reconoce directamente este derecho a los *british citizens* residentes en Irlanda, pero que además, y aquí reside el gran interés de esta legislación, deja abierta la puerta a la concesión del derecho a los residentes nacionales de otros países en condiciones de reciprocidad, debiendo ser realizada dicha concesión por el Gobierno —*by order*— con autorización de las Cámaras. Hasta el momento, esta técnica no ha sido aún utilizada.

En vista del anterior marco legislativo, el autor se permite una puesta en cuestión de la regla general de la exclusión, sirviéndose para ello de argumentos de carácter histórico, económico y político. Argumento histórico puede serlo la generosa idea de ciudadanía de los primeros tiempos de la revolución, en los que para ser ciudadano bastaba con compartir el ideal revolucionario, sin que la nacionalidad supusiese barrera alguna. De otra parte, se aduce como argumento económico que los extranjeros contribuyen a la riqueza de la nación y pagan impuestos, por lo que sería de aplicación el archirrepetido brocardo de los revolucionarios norteamericanos: *no taxation without representation*. Por último, en una línea de argumentación más política o ideológica, se reclama la participación política de los extranjeros como un «imperativo de solidaridad social» (Alain Minc). El profesor Delpérée, sin negar peso a todo este conjunto de argumentos, no deja de expresar un lúcido pesimismo respecto de un posible cambio de la situación a corto y medio plazo.

Muy diferente es la situación respecto del sufragio activo en las elecciones municipales. En relación con este tipo de comicios todos y cada uno de los Estados europeos estudiados conceden algún tipo de participación a los extranjeros, destacando igualmente el *status* político uniforme que, en el marco de la ciudadanía europea, viene conferido a los residentes de los Estados miembros a través del Tratado de Maastricht. El autor va a consagrar gran parte del capítulo a desgranar los diferentes métodos utili-

zados para el reconocimiento del derecho de sufragio activo municipal en los diferentes Estados miembros, dedicando unas líneas a cada uno de ellos. Al respecto, se distinguen tres grupos de países: aquellos que se anticiparon a los cambios, aquellos que adaptaron su legislación obligados por el Tratado de la Unión y, por último, aquellos otros que, aun aceptando el principio del Tratado, difieren su puesta en práctica en el tiempo, como es el caso de Bélgica y Luxemburgo.

La segunda parte del capítulo está dedicada al sufragio pasivo, respecto del cual se da cuenta en la obra recensionada de las dos grandes tesis existentes al respecto: la tesis de la disociación entre sufragio activo y pasivo y la tesis de la uniformización de ambos. Lógicamente, también se trata aquí de las consecuencias del Tratado de Maastricht. En este punto, el autor destaca el caso español, donde el reconocimiento del sufragio activo municipal no presentaba problema constitucional alguno (España se encontraba entre los Estados que habían anticipado los cambios), pero no ocurría lo mismo con la elegibilidad. El autor dedica un par de páginas a ofrecer un resumen del proceso que condujo a la reforma constitucional española de 27 de agosto de 1992, consecuencia de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de ese mismo año, realizando de esta cuestión un tratamiento puramente descriptivo.

La tercera y última parte del primer capítulo está dedicada al acceso a los empleos públicos, cuestión respecto de la cual cabe destacar la confrontación sistemática existente entre la mayoría de las normas constitucionales y administrativas europeas y las disposiciones del Tratado de Roma (art. 48, § 4). Más allá de los análisis de los textos, el profesor Delpérée pone de manifiesto el hecho de que «es una concepción de la Administración lo que está en juego: ¿una Administración homogénea o una Administración abierta?». El autor va a repasar someramente el principio de homogeneidad y las bases sobre las que se asienta (políticas, profesionales y culturales) para después dar cuenta de la evolución hacia la idea de apertura experimentada por los países europeos, sobre todo a partir del Tratado de Roma. Dicho Tratado establece, en principio, una excepción a la libertad de circulación de trabajadores respecto de los empleos en la Administración pública, pero la posterior interpretación, desde un punto de vista más funcional que institucional, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) hace del texto del citado artículo 48, § 4, va a introducir nuevas perspectivas en la cuestión. El autor se detiene especialmente en la exégesis de la Sentencia de 17 de diciembre de 1980 (la Comisión contra Bélgica), de la que se destacan tres puntos: en primer lugar, el concepto de «empleo público» es considerado como un concepto comunitario que debe ser interpretado y aplicado uniformemente en el conjunto de la Comunidad; en segundo lugar, se deja claro que la razón que ha de emplearse para justificar la reserva de un determinado puesto a los nacionales es la existencia de una «especial relación de solidaridad» respecto del Estado correspondiente; y, por último, en tercer lugar, se hace explícito el concepto de empleo público del que quedan excluidos los extranjeros, definido como «el empleo que comporta una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de otros entes públicos». Vista esta interpretación jurisprudencial, el autor se dedica a estudiar la acogida de la

misma en los ordenamientos nacionales. Por un lado, se da cuenta de los países que han abordado o están abordando cambios constitucionales (Bélgica, Luxemburgo y Portugal); por otro, de aquellos en los que la adaptación se ha realizado por vía legislativa o jurisprudencial. En el caso español, se hace referencia a la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, que deja abierto el acceso a ciertos sectores de la función pública para los ciudadanos de la Unión Europea y cuya Exposición de motivos se refiere expresamente al artículo 48, § 4, del Tratado de Roma y a la jurisprudencia del TJCEE. En una perspectiva similar se sitúa la Ley francesa número 91-715, de 26 de julio de 1991. Adaptaciones legislativas o jurisprudenciales han tenido lugar, igualmente, en Grecia, Italia, Países Bajos, República Federal de Alemania y Reino Unido.

El Capítulo II del libro, de menor extensión, se ocupa de los llamados «derechos políticos derivados» (la expresión es de Frank Moderne), entre los que el autor incluye, de una parte, los derechos de participación política directa o semidirecta y, de otra, los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. En lo que respecta a los primeros, la participación de los extranjeros se encuentra de algún modo asociada a la consideración de tales técnicas bien como instrumentos de soberanía o bien como instrumentos de participación. En países como Francia, el referéndum es concebido esencialmente como modo de expresión de la soberanía nacional, es un proceso de decisión directa de los titulares de dicha soberanía y constituye también un medio de reforzamiento de la unidad y la identidad nacionales, de ahí que la participación del extranjero sea impensable, valiendo *a fortiori* tales argumentos respecto del referéndum de revisión constitucional. En otros países, sin embargo, el referéndum es visto más como un modo de participación en los asuntos públicos que como un ejercicio de la soberanía. Esto es así, en especial, en lo relativo a las consultas populares realizadas a nivel comunal. Es el caso de Bélgica, donde, a pesar de las reticencias frente a la participación de los extranjeros en las elecciones municipales, no existe oposición alguna a su participación en las consultas comunales. Preguntado el Consejo de Estado (6 de marzo de 1991) al respecto, manifestó que no existía ningún motivo de inconstitucionalidad en cuanto que se preservaba en todo caso el poder de decisión de las autoridades municipales. Tampoco en Francia se excluye la participación de los extranjeros en las consultas populares a nivel local.

Dentro del propio Capítulo II, la cuestión del sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas es tratada con mayor detenimiento. A este respecto, el autor se centra especialmente en las consecuencias del Tratado de Maastricht. Dicho Tratado, de una parte, reafirma dos principios ya existentes en el Derecho comunitario anterior: el principio de elección directa y la búsqueda de un procedimiento electoral uniforme. De otra parte, el Tratado de la Unión introduce dos importantes novedades: la primera se refiere al reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a cualquier ciudadano de la Unión en el país en el que resida; la segunda consiste en una habilitación a la Comisión para proponer al Consejo, oído el Parlamento, una normativa sobre las modalidades de elección de los miembros del Parlamento Europeo. La Directiva del Consejo de 6 de diciembre de 1993 es el primer fruto de este esquema, y en aplicación de esta Directiva, los Estados miembros han procedido a la modificación de sus respectivas le-

gislaciones. El resto del capítulo lo dedica el autor a hacer un rápido repaso de las legislaciones nacionales resultantes de la transposición de dicha Directiva.

Se llega así al Capítulo III, dedicado a la puesta en práctica de los derechos políticos. Dentro de este tema, el autor se plantea dos grandes bloques de cuestiones: por un lado, se tratan las cuestiones que hacen referencia a los beneficiarios de los derechos políticos, donde se abordan los problemas que presentan diversas categorías de personas, en especial aquellas categorías que se encuentran en situación más confusa, como son los ciudadanos comunitarios que residen fuera de la Comunidad o los ciudadanos extracomunitarios que residen en la Comunidad. Por otro lado, se tratan las cuestiones relativas a la determinación de las condiciones de ejercicio de los derechos políticos, dentro de las cuales nos encontramos con condiciones de edad, de residencia o de inscripción administrativa.

A modo de conclusión, el autor destaca que el Tratado de Maastricht ha supuesto para los Estados miembros de la Unión un redescubrimiento del extranjero. Si ayer se le reconocieron los derechos del hombre, hoy se le comienza a introducir en el corazón del aparato del Estado. Al menos en lo que respecta a los ciudadanos comunitarios, el criterio de la nacionalidad comienza a perder importancia y a ser sustituido por criterios más objetivos, como el domicilio o la residencia. Pero, quizá lo más destacable del tema es que se trata de una cuestión abierta y en constante evolución. Como resalta el profesor Delpérée, «incluso en Europa —sobre todo en Europa— la historia de los derechos políticos de los extranjeros no está escrita de una vez por todas».—*Oscar Sánchez Muñoz*.

FILIPPO DONATI: *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1995.

Para el jurista español interesado por la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, no son en absoluto extraños los problemas derivados de la incidencia del Derecho comunitario en el sistema constitucional interno de Italia. En el libro que ahora presentamos, Filippo Donati realiza un estudio profundo y de gran riqueza argumental sobre el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Italia. Donati parte del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano para elaborar una crítica del modelo de separación de ordenamientos jurídicos, que considera insuficiente e inadecuado; como alternativa, el autor propone un nuevo modelo de control a través de una lectura constitucional que permita un balance de valores internos e internacionales para fijar los límites constitucionales a la limitación de soberanía consentida por la Constitución italiana.

El libro comienza con una introducción donde se nos muestra el significado actual del carácter rígido de la Constitución italiana frente a la apertura del Estado a la sociedad internacional. Tras un repaso de algunos asuntos relevantes en los que el Tribunal Constitucional hubo de considerar cuestiones de Derecho internacional y concordatario, el autor constata que el Tribunal Constitucional no interpreta las normas

constitucionales desde una óptica puramente interna cuando opera en estos sectores, sino que trata de buscar un punto de equilibrio entre el principio de rigidez de la Constitución y el principio de apertura del Estado a otros ordenamientos. Dado que la mera asimilación del Derecho comunitario al Derecho internacional no parece adecuada, hay que precisar los límites dentro de los cuales ese Derecho funciona en relación con la citada rigidez. El Tribunal Constitucional ha utilizado en estos casos la teoría de la separación de los ordenamientos, que ha permitido al Tribunal justificar la incidencia del Derecho comunitario sobre la Constitución y, a la vez, reivindicar su papel de garante del respeto de los límites a las limitaciones de soberanía consentidos a través del artículo 11 de la Constitución italiana. Es exactamente esta teoría la que, según nuestro autor, debe ser revisada.

En la primera parte del trabajo, Donati estudia el principio de separación de ordenamientos desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En una primera precisión terminológica, el autor advierte que la teoría de la separación de los ordenamientos no alude a la clásica distinción entre las teorías dualistas y monistas referidas a la relación entre Derecho internacional y Derecho interno de los Estados; en efecto, no se puede hablar aquí de dualismo en un sentido estricto porque no se produce la transformación del Derecho externo en Derecho interno. El Tribunal Constitucional, por el contrario, ha reconocido la eficacia directa de las normas comunitarias independientemente de la existencia de leyes ordinarias incompatibles con ellas —así, por ejemplo, en su Sentencia Granital de 8 de junio de 1984 (170/84)—. El problema es que la fundamentación de ese reconocimiento difiere respecto de la que sostiene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que ambos tribunales parten de premisas diferentes para llegar a ese resultado: para el Tribunal Constitucional, la fundamentación se halla en la separación de los ordenamientos, mientras que para el Tribunal de Justicia se basa en los principios de primacía y aplicación directa del Derecho comunitario en los Estados miembros como consecuencia de que este Derecho es parte integrante, con rango superior respecto a las normas internas, del ordenamiento jurídico vigente en el territorio de los Estados miembros (Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, *as.* 106/77). Mediante estas contraposiciones Donati nos muestra la convergencia respecto de los principios aplicados en el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia, aunque también pone de manifiesto los problemas que pueden acarrear los criterios de fundamentación del primero. Porque si el principio de separación de los ordenamientos se aplica rigurosamente, tendría consecuencias sobre el objeto y los criterios de juicio en el control de constitucionalidad en materia de límites a las limitaciones de soberanía constitucional, influyendo sobre todo en la imposibilidad de sopesar los valores constitucionales internos y aquellos provenientes del sistema comunitario, es decir, obligando a que el juicio de constitucionalidad se lleve a cabo desde una óptica interna. Esta consecuencia, *sin embargo, no parece concordar con la práctica del Tribunal Constitucional*, que, como se demuestra en la Sentencia Fragd de 21 de abril de 1989 (232/89), ha realizado una operación de balance entre los intereses comunitarios expresados en una sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia y la protección del derecho a la tutela judicial efectiva regulada en el artículo 24 de la Constitución italiana, guiada

por la «exigencia de encontrar un punto de equilibrio y de armonización entre la interpretación del Derecho comunitario ofrecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y las garantías de respeto a los principios fundamentales requeridas por el Tribunal Constitucional» (pág. 188). Por tanto, Donati concluye que el Tribunal crea la teoría de la separación de los ordenamientos, pero de su propia jurisprudencia surge la necesidad de superarla.

Esa superación, sin embargo, debe tener en cuenta que la Unión Europea sigue siendo una organización de competencias atribuidas, en la que los Estados son los «señores del Tratado» y que en los países con Constituciones rígidas son normas constitucionales, como el artículo 11 de la Constitución italiana o el 93 de nuestra Constitución, las que fundamentan la adhesión a las Comunidades Europeas. En consecuencia, como deja bien claro Donati en el comienzo de la segunda parte de su trabajo, no se puede hablar de otorgar un rango de Constitución federal a los tratados ni de limitaciones definitivas a las soberanías nacionales, por lo que se presentan los problemas derivados del tratamiento del Derecho comunitario en el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia. En efecto, el Tribunal Constitucional reclama para sí el poder de controlar los límites a las limitaciones consentidas de la soberanía italiana o lo que en Italia se llama teoría de los «contralímites», representados en los principios fundamentales y supremos del ordenamiento constitucional.

Donati se sirve del ejemplo alemán para mostrar una vía adecuada de superación de los problemas de control de constitucionalidad, especialmente en materia de derechos fundamentales. Así, el autor nos recuerda la bien conocida evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que en sus sentencias abandona la separación estricta de los ordenamientos en favor de una congruencia estructural (*strukturelle Kongruenz*) y del principio de la limitación funcional (*funktionelle Verschränkung*), que lo lleva a suspender el control de constitucionalidad del Derecho comunitario a favor del Tribunal de Justicia mientras éste asegure el nivel de protección de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn considerados irrenunciables. Esta sería una posible solución para el Tribunal Constitucional italiano, que en todas sus sentencias sobre la materia ha reivindicado un papel de garante exclusivo de los principios fundamentales de la Constitución ante la confrontación de cualquier acto comunitario potencialmente lesivo de la misma. Además, para Donati es imprescindible acentuar la cooperación entre ambos sistemas, de manera tal que el Tribunal Constitucional pueda hacer escuchar su voz frente a los órganos comunitarios sin la necesidad de llegar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas comunitarias. Así, se resalta la importancia, también señalada en la jurisprudencia constitucional española, de solicitar recursos prejudiciales y de anulación ante el Tribunal de Justicia antes de solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como también de hacer una tarea de sensibilización al respecto. Por lo demás, la razonable conclusión a la que llega el autor indica que, en la línea de la jurisprudencia alemana, mientras mayor sea la idoneidad estructural del ordenamiento comunitario para amparar y realizar los valores internacionalistas de la Constitución, tanto más justificado estará un *self-restraint* del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control sobre la legitimidad

constitucional de los actos comunitarios específicos, que por lo demás hallan un obstáculo muy grande a la hora de ser controlados por su incidencia en la base del sistema comunitario, cuya eficacia supone su aplicación uniforme en todos los países miembros.

En el último capítulo de su obra, Donati estudia algunos problemas surgidos a raíz del impacto de los Tratados comunitarios en la Constitución italiana, entre los que destacan especialmente aquellos referidos a la suficiencia o no del precepto contenido en el artículo 11 de la Constitución italiana para brindar una adecuada cobertura constitucional a los nuevos desarrollos de la integración europea. Con este objetivo, Donati recurre al estudio comparativo de la experiencia de ratificación del Tratado de Maastricht en Francia, España y Alemania. Todos estos Estados, aunque con diversos alcances, reformaron sus Constituciones para proceder a la ratificación del Tratado de la Unión. De esas experiencias, quizá sea la española la de menor envergadura, ya que no fue necesaria una reforma de la norma de *habilitación constitucional contenida* en el artículo 93 de la Constitución, sino sólo del artículo referido al derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales de acuerdo con el artículo 8B del TUE. Incluso se argumentó que el artículo 93 permitía la ratificación sin la necesidad de la reforma constitucional, cosa que negó el Tribunal Constitucional español, que fue consultado previamente sobre el tema a través del control previo de constitucionalidad previsto en el artículo 95.2 CE (método que, por cierto, Donati recomienda introducir en el sistema constitucional italiano). Los franceses y alemanes, en cambio, produjeron cambios más comprensivos en sus Constituciones incorporando nuevos preceptos normativos para asegurar la constitucionalidad del proceso de Maastricht. A partir de estas experiencias, Donati plantea ciertas dudas sobre el alcance del artículo 11 de la Constitución italiana, de carácter general y pensado para la apertura internacional del Estado frente a organizaciones internacionales mucho menos cohesionadas que las Comunidades Europeas, para resolver todos los problemas surgidos del impacto constitucional del proceso de integración europeo. Probablemente las mayores dificultades se presenten no tanto en cuestiones específicas, como la que antes señalábamos respecto del sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos, sino respecto de la expansión de las competencias comunitarias. No obstante, para nuestro autor todavía es válida la norma del artículo 11 de la Constitución italiana, aunque no como norma de reparto de competencias, sino como expresión de valores internacionales que deben ser objeto de balance con otros valores constitucionales. En este contexto, para Donati debería reforzarse la participación parlamentaria y regional.

En su conclusión, difícil de no compartir, Donati resalta entre otras cosas, que si bien el Tribunal Constitucional debe mantener su papel de garante del respeto a los límites constitucionales a la integración europea, esa tarea debe realizarse en un ámbito que favorezca y refuerce una relación de colaboración entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional.—*Carlos D. Espósito.*

RICARDO GARCÍA MACHO: *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*, Tirant lo Blanch (Colección Alternativa), Valencia, 1994, 184 págs.

Ricardo García Macho examina en su último libro el conflicto existente entre el secreto profesional de los funcionarios (que encuentra su fundamento en el interés público y en la protección de la confianza legítima respecto de la vida privada de los ciudadanos) y el principio constitucional de publicidad que la Administración debe respetar en su (transparente) actuación.

La obra comienza examinando el deber genérico de sigilo (en expresión de F. Sainz Moreno); es decir, el deber personal de discreción respecto de todas aquellas cuestiones que se conocen en razón del cargo. Tal deber, cuyo incumplimiento puede generar una falta grave, se subordina a la eficacia de la actuación administrativa y protege la imagen de la propia Administración pública. El deber de sigilo cede en algunos casos, como ocurre en relación con la obligación de los funcionarios de revelar hechos ilícitos (véase la criticable sentencia —a juicio del autor— del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992 en relación con el asunto GAL). En algunos casos existe por contra un deber específico de secreto en relación con las materias clasificadas, cuyo incumplimiento podía generar una falta disciplinaria muy grave o un delito. Pero tal deber de secreto debe matizarse a partir de 1978, ya que el artículo 105.b indica que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. El artículo 37 de la Ley 30/1992 desarrolla el artículo 105.b CE, aunque lo hace restringiendo el derecho.

A continuación, Ricardo García Macho analiza diversos tipos de secretos, como son el estadístico, el tributario, el económico y el sanitario.

En relación con el secreto estadístico, es necesario tener en cuenta el derecho a la autodeterminación informativa, que pretende rodear de cautelas el tratamiento de los datos estadísticos, de forma que los afectados puedan conocer el uso que de sus datos haga la Administración. La Administración, por su parte, está obligada a guardar el secreto estadístico, referido a los datos personales (que se definen en el artículo 13.2 de la Ley 12/1989) y, también, a guardar reserva respecto del resultado de las estadísticas. El deber alcanza a todo el personal que trabaje en los servicios estadísticos, así como a todos aquellos que de una u otra forma participen, siquiera eventualmente, en cualquiera de las fases del proceso estadístico en virtud de contrato, acuerdo o convenio, y se mantiene aun después de acabada la relación laboral o de servicios existente. El desconocimiento del deber en examen genera, en todo caso, una falta muy grave. El artículo 10 de la Ley Orgánica 5/1992 recoge el deber de secreto que tienen tanto el responsable del fichero automatizado —sea persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, la que tiene capacidad de decisión sobre las cuestiones esenciales del fichero— como quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de la información. Parece claro que tal deber vincula al personal funcionario como al contratado y su desconocimiento genera una falta grave o muy grave si afecta a datos muy sensibles.

En relación con el secreto tributario, los particulares gozan, de un lado, del derecho a su intimidad económica, pero, de otro, están obligados a facilitar informaciones tributarias a la Administración. El autor critica las sentencias del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, y 76/1990, de 26 de abril, que subordinan el derecho al deber. En todo caso, el personal al servicio de la Administración tiene un deber de sigilo respecto de los datos económicos de los individuos, cuyo incumplimiento genera una responsabilidad disciplinaria, civil o penal. A continuación se examina el secreto económico en el marco de la intervención de los poderes públicos en las entidades de crédito. Mayores dificultades presenta el secreto de la esfera sanitaria.

El secreto médico, que obliga al médico (ya sea integrado en la función pública, ya actúe privadamente) a preservar la intimidad de su paciente, no es absoluto, como muestra el punto 24 de las Normas de Deontología del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona. El secreto médico no opera (obvio es decirlo) en relación con el paciente. Este, bien al contrario, tiene derecho a conocer en todo momento el estado de su salud. Tampoco vincula a ciertos médicos en virtud del cargo que éstos desempeñan (médico forense, por ejemplo). El secreto médico no es, en fin, absoluto. Debe ceder ante el derecho a la salud de todos (artículo 43 CE). Ahora bien, las limitaciones del secreto médico deben ser proporcionadas. Así, por ejemplo, si puede considerarse lógico comunicar que en un lugar ha surgido un brote epidémico, no es quizá necesario comunicar públicamente, en principio, el nombre de los afectados.

Tras examinar los diferentes tipos de secretos que afectan a los funcionarios, el autor examina el problema bajo otra luz: contrapone el deber de secreto y sigilo al derecho a expresarse libremente (artículo 20.1.a CE) del funcionario. En el ejercicio de tal derecho, el funcionario no debe respetar solamente el artículo 20.4 CE, sino también: *a*) el deber de secreto profesional; *b*) su imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, y *c*) su neutralidad política (A. Fernández-Miranda y Campoamor). Dentro de su servicio, la libertad de expresión no le permite desconocer su deber de secreto profesional, ni faltar al respeto a sus jefes o compañeros, ni, finalmente, romper una atmósfera de trabajo. Fuera del servicio, el funcionario goza de un derecho más amplio de libertad de expresión, aunque no pueda, en ningún caso, manifestarse en contra de la Constitución (en sentido amplio, como señala A. Embid Irujo, incluyendo en ella la forma política del Estado, los órganos constitucionales, etc., atendiendo, en definitiva, al orden democrático fundamentado en la Constitución).

El deber de sigilo del funcionario colisiona también, en ocasiones, con el derecho del ciudadano a la información, ya sea directamente, ya sea a través de los medios de difusión. Tanto la Administración como el Gobierno deben suministrar información a la prensa, que es un pilar esencial del Estado democrático (R. Gross). Sería conveniente determinar, como ya ocurre en Alemania, qué funcionarios deben informar a los medios de comunicación y qué materias escapan a este deber de información (como, por ejemplo, la seguridad nacional). Ahora bien, el funcionario no puede esgrimir este deber de información (ni la propia libertad de expresión) para quebrantar el secreto profesional, difundiendo irregularidades o fallos de su departamento (sentencias del Tribunal Constitucional 6/1988/6, de 21 de enero, y 143/1991/5, de 1 de julio). El funcio-

nario debe, al menos, agotar los cauces internos que permitan resolver tales irregularidades.

El autor analiza, en fin, la relación del deber de sigilo con la corrupción, entendida ésta como «la utilización de potestades públicas, cuyo objetivo es la realización de los intereses generales, con fines privados de tipo económico o de mejora de *status*, infringiendo la legalidad vigente y la Constitución» (pág. 159). El interés de su análisis radica en que la corrupción habitualmente se expresa a través del tráfico de influencias, que se da cuando el funcionario desconoce el deber de sigilo. La corrupción, común hoy en las democracias occidentales, se explica en España por algunas causas históricas (como son el prebendismo, las cesantías y venalidad, o la extrapolación francesa de la avocación) y otras más recientes (como son la politización creciente de la Administración contemporánea en detrimento del papel del Parlamento, que encuentra su origen en el Estado del bienestar y la novedad que supone el que, en ocasiones, la Administración no actúe unilateralmente, sino que negocie con sus clientes —Luciano Parejo Alfonso—). Esta novedosa actividad administrativa, denominada informal o cooperativa, se encuentra a medio camino entre la actividad formal y la ilegalidad. Esa forma de actuación administrativa informal se produce de forma más intensa en la esfera económica, pues es en este campo donde deben tomarse soluciones rápidas. El problema es que los sectores administrativos más sensibles al tráfico de influencias (urbanismo, contratación y subvenciones para A. Nieto) se conectan también con la esfera económica.

Aunque la Ley 30/1992 (artículo 88) conforma el marco jurídico de los posibles pactos, convenios y acuerdos que la Administración pública puede realizar, así como sus límites, no es posible desconocer que en ellos se relajan las normas y procedimientos formales de la decisión administrativa y que propician una interdependencia entre la Administración y sus clientes (que puede cuestionar la independencia y neutralidad de aquélla). En todo caso, es evidente que las negociaciones presuponen un deber de información por parte de la Administración y es conveniente potenciar, en este ámbito, las incompatibilidades (que contribuyen a asegurar la imparcialidad del funcionario en su actuación).

El autor concluye su trabajo haciendo notar, una vez más, cómo el deber de secreto (general o especial) del funcionario debe ser conciliado con el principio constitucional de publicidad de la actuación administrativa. A continuación critica el carácter restrictivo del artículo 37 de la Ley 30/1992, que desarrolla el artículo 105.b CE sobre el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Sigue recordando cómo el deber de secreto profesional puede ser alegado respecto de informaciones confiadas con carácter secreto o para preservar la intimidad de los ciudadanos. Añade cómo el derecho del funcionario a expresarse libremente se ve condicionado por las limitaciones derivadas de su cargo, así como por su imparcialidad. Termina, en fin, señalando que el deber de sigilo debe atemperarse con la traslación de información a los empresarios o interesados en relación con medidas económicas de la Administración. En este campo es donde puede aparecer la corrupción y el tráfico de influencias, y tales situaciones deben ser atajadas por la sociedad, los medios de comunicación y el legislador.—*Francisco Javier Matia Portilla.*

RICARDO MARTÍN MORALES: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas (Colección Monografías Civitas), Madrid, 1995, 156 págs.

La presente obra pretende, como indica Francisco Balaguer Callejón en su prólogo, adelantar algunas soluciones en relación con la aplicación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Tras recordar la importancia histórica del secreto de las comunicaciones y el distinto alcance de las nociones de *intimidad* y *secreto*, Ricardo Martín Morales afirma que lo secreto no tiene por qué ser, en todo caso, íntimo, pero que tiene un carácter formal, ya que lo comunicado se presume en todo caso secreto (STC 114/1984). El autor expone a continuación los argumentos que aconsejan supeditar o no supeditar este derecho fundamental al de la intimidad (artículo 18.1 CE) y defiende la autonomía constitucional del secreto de las comunicaciones en relación con el derecho a la intimidad, pues puede servir también a otros derechos diferentes (como son, por ejemplo, la libertad ideológica o la libertad de empresa).

En relación con el objeto del derecho fundamental, la comunicación, Ricardo Martín Morales señala que ésta debe ser a distancia, a través de un medio técnico y realizada sin publicidad. Determina, a continuación, los requisitos temporales (en donde intenta determinar cuáles son los momentos inicial y final del proceso comunicativo), instrumentales (la existencia de una infraestructura comunicativa) y los sustantivos (el concepto de comunicación y su diferenciación del servicio de paquetería postal, así como el análisis de las correspondencias circulante a descubierto y oficial) que debe cumplir la comunicación para verse constitucionalmente amparada por el artículo 18.3 CE. En estas páginas y en las siguientes, el autor sostiene que el secreto de las comunicaciones supone no un derecho al medio, pero sí el derecho a utilizar el medio comunicativo del que ya se dispone sin que sean admisibles ni injerencias que impidan comenzar el proceso comunicativo ni aquellas otras que pretendan conocer el contenido material de lo comunicado u otros aspectos del mismo proceso comunicativo (lo que hace inviable, en principio, el uso de elementos técnicos que registren, por ejemplo, el número de los teléfonos a los que se llama). El derecho contenido en el artículo 18.3 CE no puede alegarse respecto de la correspondencia ya recibida y guardada (ya que el proceso de comunicación ya fue consumado) ni alcanza al envío de paquetes a través de correos (que no pasa de ser un mero transporte de mercancías) ni al de correspondencia oficial.

El derecho fundamental se atribuye a los comunicantes. Aunque ciertos supuestos personales (internos en establecimientos penitenciarios, concursados y quebrados) o de utilización conjunta del medio (relaciones matrimoniales, paterno-filiales y tutelares o laborales) pueden condicionar el ejercicio del derecho, no cabe duda de que es preciso examinar caso por caso si la eventual limitación del derecho fue o no proporcional. En relación con las personas físicas, Ricardo Martín Morales, además de analizar con detalle los supuestos a los que se acaba de aludir, toma en consideración la titularidad del derecho por parte de los extranjeros y apátridas y su afectación a terceras personas distintas de aquellas a las que se pretende vigilar (como son los terceros afectados —ya

sea porque la comunicación se refiere a ellos, ya sea porque utiliza también el medio intervenido judicialmente— y las personas intermedias —que son aquellas cuyos medios de comunicación son utilizados por las personas sometidas a investigación judicial y que se ven, por ello, directamente afectados por la resolución judicial que decide la intervención de sus comunicaciones—. Las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (como lo son también del derecho a la inviolabilidad del domicilio, aunque no lo sean del derecho a la intimidad).

El secreto de las comunicaciones solamente puede ser vulnerado por la intervención de un tercero, distinto a los comunicantes, ya sea poder público o particular (STC 114/1984). También cuestiona el derecho fundamental la divulgación de contenido de comunicaciones previamente captadas de forma irregular por otra persona. Es evidente que en nuestro país rige el principio de no recepción judicial de las pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales (artículos 24.2 CE y 11.1 LOPJ).

La Constitución configura el secreto de las comunicaciones como un derecho limitado. En el mismo artículo 18.3 CE se indica que este derecho puede verse afectado por una resolución judicial, correspondiendo a la ley desarrollar esta eventual limitación al derecho fundamental. La resolución judicial debe ser dictada por un órgano judicial para la intervención u observación del proceso comunicativo y siempre de forma motivada —por exigencias del artículo 24.1 CE y por el principio de proporcionalidad que debe regir toda actuación limitadora de derechos fundamentales—, admitiéndose solamente la autorización judicial verbal en supuestos de urgencia. El juez penal puede dictar esta resolución judicial limitadora del derecho fundamental cuando exista una causa penal ya abierta —sin que sea amparable en el curso de las llamadas diligencias indeterminadas— relacionada con un delito de *cierta* gravedad —jurídica y social—, concretando los perfiles de la medida limitadora (las personas afectadas, el objeto y fin de la medida y el tiempo que dura la intervención) y asumiendo el control de su posterior ejecución. En este tipo de supuestos, la notificación de la medida limitadora a los sujetos afectados se realizará una vez que la intervención ha concluido, ya que lo contrario haría en la práctica imposible conseguir los fines perseguidos con la resolución judicial que acordó la intervención de las comunicaciones. Es posible que esa notificación deba ser previa en otros tipos de medidas limitadoras del secreto de las comunicaciones, como es la cautelar adoptada por el juez civil que pretende garantizar determinados patrimonios. El artículo 55 CE hace posible que el secreto de las comunicaciones pueda verse condicionado por la declaración de los estados de excepción y sitio (suspensión general *ex* artículo 55.1 CE) o en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (suspensión individual *ex* artículo 55.2 CE). Ricardo Martín Morales analiza cómo el derecho contenido en el artículo 18.3 CE impone en todo caso algunas garantías posteriores a la realización de la medida limitadora (como son, entre otras, la obligación de devolver o, en su caso, destruir los materiales interceptados que no tengan relación con la causa o la certeza de que la transcripción mecanográfica corresponde al documento sonoro que se obtuvo con una determinada intervención telefónica).

Las medidas limitadoras del secreto de las comunicaciones deben ser, en todo caso,

necesarias y adecuadas para el fin judicialmente perseguido. Ello hace necesario examinar caso por caso si una determinada intervención judicial en el derecho fundamental es, o no, proporcionada. Al hilo de estas cuestiones se tratan algunos supuestos prácticos de evidente relevancia constitucional, como es, por ejemplo, el del descubrimiento ocasional o casual, en el curso de la intervención de las comunicaciones, de hechos referidos a delitos diferentes de los que justificaron la limitación del secreto de las comunicaciones, que pueden servir como *notitia criminis* y motivar, así, la apertura de nuevas causas penales, pero que no pueden ser utilizados en un proceso como prueba.—*Francisco Javier Matia Portilla.*