

LA CONSTITUCIÓN ANTE EL PASADO: REFLEXIONES EN TORNO A LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE POLONIA DESPUÉS DE 1989

Adam KRZYWON*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La transformación del sistema político, la constitución nueva y la actitud hacia el pasado*. III. *Descomunización y lustración*. IV. *Libertad de expresión y libertad de investigación científica versus la memoria histórica*. V. *Control de la constitucionalidad de los actos normativos históricos*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Historia y constitución: el título de este tomo dedicado al eminentе constitucionalista e historiador del Derecho —doctor José Luis Soberanes Fernández— me ha inducido a investigar las relaciones que pueden existir entre las constituciones modernas y los acontecimientos históricos de determinado Estado. A averiguar, pues, si de las normas, valores y principios constitucionales puede dimanar una actitud, deseada por las autoridades públicas, hacia el pasado. Esta cuestión, por su parte, me ha llevado a un intento de reflexión acerca de Polonia que, en virtud de la Constitución vigente desde 1997, ha adoptado varias medidas de hecho y de derecho para reparar los daños relacionados con el régimen comunista de 1944-1989.

II. LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO, LA CONSTITUCIÓN NUEVA Y LA ACTITUD HACIA EL PASADO

Las transformaciones políticas que tuvieron lugar en Europa central y oriental en 1989 originaron la necesidad de redactar y promulgar constituciones

* Profesor adjunto en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Varsovia.

nuevas que rompieran con el legado comunista y respetaran los principios fundamentales de la democracia y del pluralismo político garantizando el respeto a los derechos y libertades de los individuos.¹ En Polonia, donde la transformación democrática empezó estando vigente la Constitución de 1952, los trabajos de elaboración de la Constitución de 1997, vigente en la actualidad, se llevaron a cabo por etapas y obedecieron a la necesidad de solucionar varias cuestiones controvertidas relacionadas con la revolución política iniciada en 1989.

Uno de los problemas más relevantes que tuvo que afrontar el Parlamento, así como otros órganos del Estado, fue la actitud hacia el pasado, especialmente hacia lo ocurrido desde el final de la Segunda Guerra Mundial en Polonia (1944) hasta el momento de la transformación democrática (1989). Por un lado, era evidente la necesidad de evaluar las casi cinco décadas de violaciones de los derechos humanos cometidas por los órganos del Estado comunista. Por otro, el modo de saldar cuentas con los acontecimientos históricos no podía ser del todo discrecional, dado que a partir de 1989, el ordenamiento constitucional polaco se rige por el principio del Estado democrático de derecho (confirmado mediante la disposición del artículo 2o. de la Constitución de 1997) que exige que las actuaciones de las autoridades públicas, incluso las emprendidas frente al pasado inequívocamente reprobado, no sean en absoluto arbitrarias. La idea del Estado de derecho favorece —y a veces hasta requiere— un firme ajuste de cuentas con los desafueros del totalitarismo. Al mismo tiempo estos estándares, encabezados por la protección de la seguridad jurídica, la confianza de los ciudadanos en el Estado y la defensa de los derechos fundamentales de cada individuo, constituyen un corsé que restringe la libertad del legislador a la hora de imponer soluciones tajantes y aplicar aquel tipo de métodos que solía usar el *ancien régime*, violando los derechos humanos y actuando de un modo arbitrario.²

Al intentar remendar los errores del pasado era necesario que todas las personas afectadas por el proceso tuviesen asegurados los derechos constitucionales fundamentales de carácter material y procedimental.³ No fue una tarea fácil, dado que se trataba de *democracias jóvenes* que no disponían de recursos financieros ni de instrumentos legales adecuados para reparar todos

¹ Moravcsik, A., “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe”, *International Organization*, 54/2000, p. 230.

² Banaszkiewicz, B., “Rozrachunek z przeszloscią komunistyczną w polskim ustawodawstwie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, *Ius et Lex*, 1/2003, p. 444.

³ Posner, E. A., Vermeule, A., “Transitional Justice as Ordinary Justice”, *Harvard Law Review*, 117/2004, p. 807.

los daños ocasionados durante los cincuenta años posteriores a la guerra.⁴ Se planteó incluso la pregunta si era del todo posible, en condiciones de un Estado democrático, censurar el régimen totalitario apoyándose en la legislación ordinaria,⁵ puesto que la dificultad principal estribaba en el hecho de que se habían de regular legalmente unas actuaciones pasadas que incluían también actos que, en el pasado, no habían tenido consideración de actos punibles o infracciones de las leyes vigentes por aquel entonces. Adicionalmente, el paso del tiempo, en muchos casos, dificultó una reacción justa del legislador actual ante los sucesos históricos.⁶

La Constitución polaca de 1997, ante todo en su preámbulo, contiene una evaluación general de los hechos anteriores a 1989. Podemos leer allí que la promulgación de la Constitución se lleva a cabo con “la posibilidad de determinación soberana y democrática del destino de nuestra Patria.” Esta frase permite opinar que en el anterior sistema político de Polonia algunas de las decisiones relativas al funcionamiento del Estado no fueron soberanas, libres de la influencia de otro ente (puede suponerse que se trata de la Unión Soviética). La indicación de la posibilidad democrática de determinar el destino de la Patria significa, en cambio, que los órganos que ejercieron el poder antes de 1989 carecían de la legitimación democrática fundamentada en la decisión del pueblo expresada en unas elecciones libres. Asimismo el preámbulo expone que la implantación del catálogo de derechos y libertades constitucionales debe contemplarse teniendo presentes “las experiencias amargas de los tiempos cuando las libertades fundamentales y derechos humanos fueron violados”. Los autores de la Constitución de 1997 expresan también su gratitud hacia los antepasados por su lucha por la independencia alcanzada a costa de grandes sacrificios. Tal declaración es coherente con el artículo 19 de la Constitución —uno de los que determinan los principios del sistema político— que reza que el Estado brindará protección especial a los veteranos de la lucha por la independencia, particularmente a los inválidos de guerra.

Las referencias a los fragmentos citados del preámbulo de la Constitución pueden encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

⁴ Barkan, E., *The guilt of nations: restitution and negotiating historical injustices*, Baltimore, 2001, pp. 112-115.

⁵ Osiatynski, W., “Revolutions in Eastern Europe”, *The University of Chicago Law Review*, 58/1991, p. 825.

⁶ Neier, A., “What should be done about the guilty”, *transitional justice. how emerging democracies reckon with former regimes. General Considerations*, vol. I, Washington, 1995, pp. 182 y ss.

donde se indica que la introducción a la Constitución contiene una descripción de la trayectoria del sistema político de Polonia, subrayando las experiencias independentistas y democráticas. El Tribunal hace constar que la ruptura en 1989 con el régimen anterior permitió apoyar las actuaciones del Estado en los valores universales y en los fundamentos principales de organización de la vida de la comunidad estatal, tales como: la democracia, el respeto a los derechos individuales, la colaboración de las autoridades, el diálogo social y el principio de subsidiariedad. El Tribunal acentúa también el hecho de que dichos valores universales constituyen el fundamento en el que se apoya la Unión Europea.⁷

La postura ante el pasado comunista queda asimismo expuesta en numerosas resoluciones del Parlamento polaco. Tales actos del así llamado “derecho indicativo” (*soft law*), que carecen de la naturaleza de imperativos, expresan una reprobación unívoca del periodo anterior a 1989. “El Sejm de la República de Polonia afirma que las estructuras de la Oficina de Seguridad, Información Militar, fiscalía militar y jurisdicción militar que en los años 1944-1956 sirvieron para combatir a las personas y organizaciones comprometidas con la soberanía y la independencia de Polonia, son responsables del sufrimiento y muerte de miles de ciudadanos polacos. El Sejm condena la actividad de carácter criminal de dichas instituciones”.⁸ En otro documento podemos leer que “consideramos indispensable castigar a todos los culpables de los crímenes comunistas cometidos en 1944-1989 en Polonia, incluyendo a los traidores que adoptaron las decisiones que sубordinaban Polonia a un poder ajeno, que actuaron contra la libertad, la independencia y la democracia”.⁹ En un documento publicado con motivo del 60 aniversario del fraude electoral de las primeras elecciones de la posguerra, en enero de 1947, el Parlamento evoca aquellos acontecimientos dramáticos.

Es una de las partes más oscuras de la historia moderna de Polonia. En aquel momento se dieron definitivamente defraudadas las esperanzas de los polacos de establecer un orden democrático en nuestra Patria que había despertado para una nueva vida tras el horror de la Segunda Guerra Mundial. El Sejm de la República de Polonia rinde homenaje a todos aquellos que lucharon hasta el final por la Polonia libre y democrática, a aquellos que, a pesar del

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2005, K 18/04.

⁸ Resolución del Sejm de la República de Polonia de 16 de noviembre de 1994 sobre las actuaciones criminales de los servicios de seguridad pública en 1944-1956.

⁹ Resolución del Sejm de la República de Polonia de 18 de junio de 1998 sobre la condena del totalitarismo comunista.

acoso propagandista brutal y el creciente terror, con su papeleta de votación protestaron contra el constreñimiento comunista cada vez más fuerte. Deseamos prestar homenaje de un modo especial a aquellos que mantuvieron su actitud a costa de prisión o aun de muerte.¹⁰

Las declaraciones presentadas constituyen una base axiológica para introducir en el sistema de derecho polaco determinadas instituciones que sirven para saldar cuentas con el pasado. La Constitución no impone, por lo tanto, una prohibición de crear mecanismos legislativos que tengan por objetivo compensar los daños morales de la época “cuando las libertades y derechos humanos fundamentales fueron violados”. Sin embargo, las disposiciones analizadas acarrean al mismo tiempo el riesgo de que el Estado pueda refrendar el uso político de la historia. Con la postura definida de tal forma por la Constitución, hacia el pasado anterior a 1989, emerge la tentativa del poder público de aspirar a moldear la memoria histórica del pueblo. La crítica del pasado expresada en el preámbulo puede, en consecuencia, favorecer la valoración de los hechos históricos por parte del Estado o incluso fomentar una actividad propagandista de las autoridades públicas. Es un fenómeno muy peligroso, más aún cuando se trata de la historia más reciente, ya que ésta se encuentra más enredada ideológicamente.¹¹ De hecho, a partir del momento de la transición democrática en 1989 han venido apareciendo unas interpretaciones contradictorias de determinados hechos históricos y la opinión acerca de los acontecimientos de hace varias décadas viene a ser el eje de la división sociopolítica. Si bien son una minoría escasa las personas que glorifican el régimen comunista, no es nada infrecuente la existencia de opiniones tanto negativas como positivas acerca de diversos sucesos del periodo 1944-1989.

Por lo tanto, es habitual exigir a las autoridades públicas que cumplan el postulado de neutralidad ideológica junto con la obligación de situarse por encima de las interpretaciones contundentes de la historia contemporánea. La idea dimana del artículo 25.2 de la Constitución que estipula que las autoridades de la República deberán ser imparciales en lo que atañe a todo tipo de ideas, asegurando la libertad de su expresión en la vida pública. La obligación de abstenerse de practicar la política de la historia se desprende así mismo de la garantía de libertad de investigación científica y publica-

¹⁰ Resolución del Sejm de la República de Polonia de 25 de enero de 2007 sobre la condena del fraude electoral de 1947 y homenaje a las víctimas del terror comunista.

¹¹ Rosenberg, T., *The Haunted Land. Facing Europe's Ghosts After Communism*, Nueva York, 1996, pp. 125 y ss.

ción de sus resultados (artículo 73). En consecuencia, la actitud del Estado hacia la historia queda definida por un lado, por la obligación de velar por la continuidad histórica, rendir homenaje a los héroes de la lucha por la independencia y preservar la memoria de las experiencias comunes. Por otro lado, los órganos públicos deben prescindir de imponer una interpretación unívoca del pasado y de expresar opiniones preceptivas en esta materia. Parece que un Estado democrático de derecho no puede atribuir, por vía de actuaciones de hecho o implantación de normas de derecho, la fuerza imperativa a determinada visión filosófico-histórica.¹²

El riesgo de que el Estado moderno pueda imponer, mediante las leyes implantadas, determinada interpretación de la historia provoca también asociaciones negativas con los tiempos del *ancien régime*. Fue durante la dictadura comunista cuando se forzó la historiografía oficial. Durante casi cincuenta años, hablar de determinados hechos históricos podía acarrear unas consecuencias graves para los investigadores en la historia contemporánea. En los Estados totalitarios, incluyendo Polonia hasta 1989, se crearon las versiones oficiales de la historia, presentadas por los historiadores ligados estrechamente al régimen gobernante. El mismo sistema fue aplicado a la mayoría de las ciencias sociales y humanidades, apoyando así la legitimación del sistema político. Aquella visión única de la historia, después de la transformación democrática, tuvo que sustituirse por una serie de enfoques variados, propuestos por los autores no vinculados a ningún grupo político o, más bien, autores vinculados a diferentes orientaciones políticas.¹³

La obligación de abstenerse de practicar la política de la historia no significa, según se ha dicho, la prohibición de mostrar reacción alguna ante los hechos del pasado. No obstante, al emprender actividades de este ámbito, el legislador no está exento de la obligación de cumplir las normas, principios y valores constitucionales vigentes. Esto significa ante todo que las autoridades públicas pueden sacar conclusiones de las experiencias históricas, siempre que respeten los derechos y libertades de otras personas y las actuaciones del Estado tengan un carácter proporcional.¹⁴ El Tribunal Constitucional polaco analiza este problema señalando que de la Constitución de 1997 se desprende una desaprobación general de los métodos de actuación del aparato del Estado comunista y servicios de seguridad. El Tribunal ob-

¹² Brzozowski, W., *Bezstronosc swiatopogladowa wladz publicznych w Konstytucji RP*, Lex a Wolter Kluwer business, Varsovia, 2011, p. 190.

¹³ Czaplinski, W., "Kwestionowanie historii przez prawo", *Europejski Przeglad Sadowy* 11/2009, p. 4.

¹⁴ Koskenniemi, M., "Between Impunity and Showtrials", *Max Planck Yearbook of the Law of United Nations* 6/2002, pp. 2 y ss.

serva, sin embargo, que es muy fácil transgredir el límite entre actuar a favor de la justicia histórica y satisfacer el deseo de venganza.¹⁵

Es de subrayar, sin embargo, que en algunos casos se adoptaron soluciones legales de carácter exclusivamente prospectivo. A pesar de que la Constitución de 1997 ofrece pretextos para una reprobación de los acontecimientos anteriores a 1989, aplica asimismo el principio transitorio *tempus regit actum*. Esto equivale a la aplicación directa de la Constitución nueva y el uso de las normas constitucionales actuales para evaluar los hechos ocurridos después de la entrada en vigor de la Constitución nueva. La Constitución de 1997 no ofrece, por tanto, fundamentos para opinar que los actos jurídicos decretados antes de 1989 deban considerarse nulos, inexistentes o ineficaces por el solo motivo de haber sido decretados durante la época del régimen comunista incumpliendo, por consiguiente, las normas constitucionales actuales.¹⁶ Tal decisión fue motivada por el propósito de mantener estable el sistema jurídico polaco y prevenir un posible caos que podría provocar la pérdida de vigor de todos los actos establecidos durante la dictadura, incluyendo aquellos de contenido neutral. Por lo tanto, el deseo de garantizar la seguridad jurídica prevaleció sobre el rechazo simbólico de la totalidad de la legislación de la época comunista.

Otro ejemplo de la actividad de las autoridades polacas para restringir la aplicación de las nuevas normas democráticas al pasado no democrático es el ingreso de Polonia en el Consejo de Europa. Las transformaciones políticas iniciadas en 1989 ofrecieron la posibilidad de afiliarse a dicha organización internacional cuyo objetivo consiste en proteger los derechos humanos, la democracia y el pluralismo político. Polonia ratificó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a principios de 1993, lo cual significó someterse a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. No obstante, conforme con la declaración del gobierno polaco unida al instrumento de adhesión, las denuncias contra el Estado polaco podían referirse únicamente a los “actos, decisiones y hechos acontecidos después del día 30 de abril de 1993”. La solución empleada para constituir la premisa de presentación de la denuncia definida como *ratione temporis* significa que todos los actos realizados por las autoridades polacas antes de la citada fecha quedan fuera del alcance de la jurisdicción internacional. Las autoridades

¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 1999, K 3/99 y de 11 de mayo de 2007, K 2/07.

¹⁶ Wiacek, M., *Znaczenie stosowania Konstytucji marcowej w Polsce Ludowej dla orzecznictwa sądów i Trybunału Konstytucyjnego III RP*, Lex a Wolter Kluwer business, Varsovia, 2012, p. 86.

eran conscientes de que si se establecía la posibilidad de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos investigara las actuaciones del régimen comunista, Polonia podía encontrarse ante una avalancha de denuncias. Por otro lado, sin embargo, las competencias del Tribunal de Estrasburgo incluyen la posibilidad de controlar aquellos actos de los órganos públicos de Polonia realizados ya después del período de la transición democrática pero relativos a los ajustes de cuentas con el pasado. Por consiguiente, toda resolución actual orientada a asegurar la justicia histórica debe respetar la norma europea de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Para resumir esta parte, es de resaltar que la transición democrática, cuya fase relevante abarcó la proclamación de Polonia como un Estado de derecho en 1989 y la promulgación de la Constitución nueva en 1997, supuso un repudio, radical en su contenido, de la fórmula del Estado socialista, sin conllevar, no obstante, un cuestionamiento generalizado de todos los actos del Estado realizados durante el régimen comunista, ni la sumisión de dichos actos a la jurisdicción internacional. Sin embargo, el expresado cambio político, relacionado con la desaprobación de los métodos y prácticas de carácter totalitario del aparato político y de los servicios de seguridad comunistas, collevó múltiples soluciones legales detalladas que reflejan la postura de las autoridades polacas ante el pasado. Las decisiones adoptadas por el Estado en tal aspecto, después de 1989, se plasmaron en la confiscación de los activos del partido comunista, la disolución de los servicios de seguridad, la verificación de aptitud de los antiguos funcionarios o la supresión de sus privilegios especiales de jubilación. Las regulaciones legales contemporáneas preveían también la posibilidad de ejercer acciones de responsabilidad contra los jueces que en la época del régimen comunista traicionaron el principio de independencia judicial, someter a lustración a las personas que desempeñaban cargos públicos responsables o crear el Instituto de la Memoria Nacional, una institución científica de facultades investigativas, autorizada a perseguir los crímenes comunistas, desarrollar una actividad educativa y archivar los documentos de los servicios de seguridad anteriores a 1989. La postura ante el pasado se expresa así mismo en la penalización del delito de negacionismo y la tipificación del delito de difamación al pueblo polaco. En aras de obtener una imagen íntegra de los problemas constitucionales relacionados con el ajuste de cuentas con el pasado, algunas de estas cuestiones se analizarán en la parte ulterior de este trabajo. No obstante, conviene recordar que, independientemente de la diversidad de los objetivos y contenidos de las regulaciones legales mencionadas, todas ellas tienen un denominador común axiológico que consiste indudablemente en la desaprobación —expresada en el preámbulo de la

Constitución de 1997— de las normas y prácticas relacionadas con el pasado régimen totalitario.

III. DESCOMUNIZACIÓN Y LUSTRACIÓN

El primer problema, relacionado con los hechos históricos, que tuvieron que afrontar los órganos del Estado democrático polaco después de 1989 fue el estatus de los exfuncionarios de los servicios de seguridad. En este ámbito fue importante desde el punto de vista constitucional la iniciativa de reducir por ley los privilegios especiales del marco de protección social correspondientes a dichas personas, y el proceso de la así llamada lustración, es decir, la obligación de confesar el hecho de haber trabajado en o colaborado con los servicios de seguridad del Estado antes de 1989, impuesta sobre las personas que desempeñan cargos públicos o aspiran a desempeñarlos.¹⁷

Era evidente que el propósito legal de suprimir los derechos especiales de protección social de las personas que trabajaron en el pasado en los órganos de seguridad del Estado comunista debía caber dentro de los límites definidos por las normas y valores constitucionales, en particular, el principio del Estado democrático de derecho (artículo 2o. de la Constitución de 1997). Esta última disposición protege los derechos adquiridos, entendidos como derechos conferidos (en virtud de la ley o decisión individual) a determinada persona. Los valores constitucionales prohíben, por tanto, suprimir de forma arbitraria tales derechos, entre ellos los derechos sociales, aunque tal protección no tiene carácter absoluto.

Según era de esperar, el intento de reducir en 2009 los derechos sociales especiales provocó una denuncia ante el Tribunal Constitucional, en la que se alegó la infracción de los derechos adquiridos y del derecho de protección social (artículo 67 de la constitución de 1997). El Tribunal Constitucional en su sentencia hizo referencia a los hechos históricos afirmando que los funcionarios a los que la ley suprimía los privilegios de jubilación habían sido en los años 1944-1989 la guardia del régimen comunista en Polonia. Aquel sistema estuvo basado en un extenso —tanto desde el punto de vista organizativo como del número de personas— aparato de policía política secreta. El objetivo principal de dicho aparato era mantener y apoyar el régimen comunista. Para cumplir dicho objetivo los funcionarios de los órganos de seguridad emplearon, en una primera etapa, el terror y, con carácter rutinario

¹⁷ Welsh, H. A., “Dealing with the Communist Past: Central and Eastern European Experiences after 1990”, *Europe-Asia Studies*, 48/1996, p. 417.

nario, la humillación y la vigilancia de personas inocentes, la fabricación de pruebas; violaron los derechos y libertades fundamentales de los individuos. Los métodos de actuación, su escala e intensidad variaron con el tiempo, pero su fondo siempre fue el mismo: sostener un régimen político y legal hostil a los derechos humanos. En recompensa, el partido comunista gobernante garantizó a dichos funcionarios prácticamente una total impunidad por los abusos de poder, un ascenso más rápido, salarios altos por su servicio, numerosos privilegios económicos y sociales así como unas altas pensiones de jubilación.

El Tribunal Constitucional expuso en consecuencia que la supresión de los privilegios especiales de jubilación no implicaba una violación de la esencia del derecho a la protección social.¹⁸ Consideró que tal solución legal cabía dentro del marco de la libertad legislativa delimitado por la constitución de 1997. En la opinión del Tribunal, se habría infringido el derecho a la protección social de los funcionarios de los órganos de seguridad solamente cuando el legislador hubiera eliminado totalmente sus derechos de jubilación o los hubiera reducido a un nivel inferior al mínimo socialmente aceptable. Adicionalmente opinó que la referida protección constitucional de los derechos adquiridos podía brindarse solamente cuando tales derechos hubieran sido adquiridos de un modo equitativo, justo y honrado. La colaboración con los órganos de represión orientados a combatir los movimientos independentistas polacos merecía, en cambio, una reprobación. Se consideró acertada y conforme al principio de justicia la decisión de excluir del grupo de personas merecedoras de privilegios especiales a aquellos que colaboraron con los servicios de seguridad dedicados a violar los derechos humanos. Es de resaltar que una opinión similar fue expresada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el cual, en varias resoluciones, afirmó que el hecho de suprimir los privilegios especiales de las personas a las que se les probó que habían combatido la oposición era un acto proporcional y justificado de un Estado democrático, dado que el legislador contemporáneo podía elegir la forma adecuada de condenar la actividad de las personas comprometidas en combatir la oposición.¹⁹

Tal resolución del Tribunal Constitucional fue, sin embargo, objeto de crítica por parte de algunas personas. Se alegó que la supresión de los derechos de jubilación de los funcionarios era una forma de castigar a todas

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2010, K 6/09.

¹⁹ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10. de junio de 1999, *Skorkiewicz versus Polonia* (no de demanda 39860/98) y de 15 de junio 1999, *Domalewski versus Polonia* (no de demanda 34610/97).

las personas que habían trabajado en los órganos de seguridad del Estado comunista, independientemente de qué tipo de cargo o empleo hubieran desempeñado. Por lo tanto, nace la duda de que el legislador hubiera podido aplicar en este caso la responsabilidad colectiva y el mecanismo de presunción de culpabilidad de todos los exfuncionarios de los órganos de seguridad del Estado, dado que en las soluciones legales analizadas el carácter decisivo recae sobre el propio hecho del servicio, sin tomar en consideración el género del trabajo realizado en los órganos del Estado, legítimos en aquel entonces. De ahí las críticas al parecer del Tribunal Constitucional que confirmó la compatibilidad de tales soluciones legales con la Constitución de 1997, independientemente de la eventual responsabilidad de un determinado exfuncionario de cualquier hecho contrario a derecho, a la dignidad humana o moralmente reprobable.

Otra cuestión constitucional relevante a la que tuvo que enfrentarse el legislador polaco fue la mencionada lustración. Es un asunto sumamente extenso que obtuvo varias resoluciones del Tribunal Constitucional polaco y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Por lo tanto, en este trabajo sólo se va a señalar el aspecto constitucional de la lustración.

En general, el procedimiento de lustración consiste en establecer mecanismos legales para que los órganos del Estado democrático puedan investigar las relaciones y vínculos con los organismos del servicio de seguridad del Estado totalitario.²⁰ El ámbito subjetivo recoge a las personas que son o aspiran a ser altos cargos estatales u ocupan otros puestos públicos relacionados con un elevado nivel de responsabilidad y fe pública. El objetivo de dicho procedimiento consiste en asegurar el cumplimiento del principio de transparencia de la vida pública y protección del interés del Estado relacionado con el debido desempeño de los altos cargos públicos por personas que deben estar libres de cualquier presión o intento de chantaje relacionado con el hecho de haber trabajado, servido o colaborado con los órganos de seguridad del Estado y la actividad realizada en el pasado. Por lo tanto, la premisa fundamental de cada procedimiento de lustración radica en la idea de purificar la memoria del pasado para establecer un fundamento firme del futuro.

No obstante, en las condiciones del Estado democrático de derecho, el proceso de lustración no puede ser arbitrario, ya que tal procedimiento de verificación de los antiguos colaboradores de los servicios de seguridad se asemeja a un procedimiento criminal. El mecanismo analizado tiene in-

²⁰ Letki, N., “Lustration and Decommunisation in East-Central Europe”, *Europe-Asia Studies*, 54/2002, p. 539.

corporadas unas sanciones que se aplican como consecuencia de haberse probado en vía judicial la mentira en la declaración de lustración o la insubordinación a las disposiciones legales vigentes al no presentar la declaración de lustración por las personas afectadas por la ley. Por lo tanto, según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²¹ y de la jurisprudencia europea,²² es de suma importancia determinar una definición precisa de la colaboración con los órganos de seguridad del Estado comunista. Los afectados por la obligación de lustración no deben tener dudas acerca de si determinado contacto con los órganos de seguridad tiene la consideración de colaboración. De la jurisprudencia se desprende una definición precisa de tal colaboración como aquella que reviste los siguientes rasgos: consistió en los contactos con los órganos de seguridad del Estado, tuvo el carácter secreto frente a las personas y entornos objeto de las informaciones proporcionadas y necesariamente consistió en realizar conscientemente determinadas actuaciones para llevar al efecto la colaboración con los órganos de seguridad.

Era necesario también que el legislador del Estado democrático de derecho tomara en cuenta que el círculo de las personas sometidas a la lustración no podía definirse de un modo arbitrario. Podían ser sólo las personas que desempeñaban cargos públicos,²³ por lo que el hecho de someter a tal obligación a los periodistas e investigadores profesionales fue considerado incompatible con la Constitución de 1997. Se consideró también disconforme con los estándares democráticos la situación de restringir la posibilidad de defensa de la persona sometida a lustración porque el Estado democrático hubiera clasificado como confidenciales los documentos que respecto a dicha persona habían creado los servicios de seguridad. Es inadmisible, por tanto, una solución legal en virtud de la cual únicamente el órgano del Estado democrático que acusa a determinada persona de colaboración secreta tenga acceso a los documentos relativos a la colaboración. La situación, cuando tales documentos se mantienen en secreto, debe tratarse como excepcional, y el Estado debe demostrar la existencia de un relevante interés público.²⁴ Este último principio quedó plasmado en el derecho indicativo de la Unión Europea. El Parlamento Europeo consideró lamentable que, 20

²¹ Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1998, K39/97 y de 26 de octubre de 2005, K 31/04.

²² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2008, *Chodyncki versus Polonia* (no de demanda 17625/05).

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2007, K2/07.

²⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2006, *Matyjek versus Polonia* (no de demanda 38184/03).

años después de la caída de las dictaduras comunistas en Europa central y oriental, siguiera estando indebidamente restringido el acceso, en algunos Estados miembros, a documentos de carácter personal o que eran necesarios para la investigación científica. Pidió a la totalidad de los Estados miembros que hicieran un verdadero esfuerzo dirigido a la apertura de los archivos, incluidos los de los antiguos servicios de seguridad internos, de la policía secreta y de los servicios de inteligencia, adoptando medidas, no obstante, para evitar que se abusara de este proceso con fines políticos.²⁵

IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA VERSUS LA MEMORIA HISTÓRICA

Un ejemplo representativo de la reacción del legislador a los hechos dolosos del pasado es el delito de negacionismo. Es una regulación, existente en otros sistemas europeos de derecho,²⁶ con la que se vinculan unas serias incertidumbres relacionadas con la libertad constitucional de expresión.²⁷ En Polonia constituye un hecho punible negar públicamente la existencia de los crímenes comunistas, nazis o crímenes contra la paz, contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos entre el 10. de septiembre de 1939 y el 31 de julio de 1990 contra los ciudadanos de nacionalidad polaca y ciudadanos polacos de otras nacionalidades (artículo 55 de la Ley del Instituto de la Memoria Nacional). La comisión de tal acto será sancionada con pena privativa de libertad de hasta 3 años y constituye un delito de acción pública. La redacción de la norma analizada indica que la penalización abarca un ámbito subjetivo muy amplio: no se trata sólo de cuestionar el Holocausto, sino también de negar los crímenes comunistas cometidos durante todo el período de la historia de la posguerra en Polonia.

Las dudas relacionadas con esta regulación estriban en que la norma establece un delito formal que prohíbe bajo sanción negar ciertos hechos una vez determinados. Lo que despierta objeciones es que la responsabilidad penal es independiente de si se ha producido el efecto en forma de, por

²⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre la conciencia europea y el totalitarismo.

²⁶ Bilbao Ubillos, J. M. “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, México, 2008, pp. 711-752.

²⁷ Presentadas por ejemplo en la sentencia del Tribunal Constitucional español de 7 de noviembre de 2007, STC 235/2007.

ejemplo, humillación de un grupo de personas en la opinión pública. Por lo tanto nace la incertidumbre de si los crímenes incluidos en el ámbito subjetivo de la norma no constituyen en la historia de Polonia un tipo de dogma: una tesis establecida de una vez por todas, lo que acarrea la dificultad de determinar el límite entre la publicación de los resultados de una investigación científica, protegida por el principio de libertad de expresión, y el delito punible de acción pública. Las dudas están relacionadas también con el hecho de que, después de la caída de los sistemas totalitarios europeos y en condiciones de accesibilidad general del material histórico, no se hace necesario proteger la verdad acerca del pasado por medio unas normas del derecho penal. En el ámbito de la política de la historia, las autoridades públicas deberían limitar sus actuaciones a la educación histórica y a la configuración adecuada del papel de los medios, en particular elaborando programas educativos en el marco de la enseñanza de la historia, creando condiciones para el descubrimiento de la verdad y divulgando los conocimientos acerca de los hechos históricos. La tarea de determinar la verdad histórica, según parece, deben desempeñarla los representantes de la ciencia y no el legislador. A pesar de tales objeciones, el artículo 55 de la Ley del Instituto de la Memoria Nacional no fue sometido al control del Tribunal Constitucional y sigue vigente en el sistema polaco de derecho.

Otro ejemplo interesante es la evaluación constitucional del delito de difamación al pueblo polaco. También en este caso existe el conflicto entre, por un lado, la reacción del legislador actual ante los hechos del pasado y la defensa de la verdad histórica y, por otro, la libertad de expresión y la libertad de investigación científica. Dada la frecuente aparición en los medios de comunicación masivos extranjeros de la expresión “campos de muerte polacos” o “campos de concentración polacos”,²⁸ el legislador optó por implantar la penalización de los actos de acusación infundada y pública al pueblo polaco de participación en, organización de, o responsabilidad por los crímenes comunistas o nazis. La responsabilidad penal por este delito quedó desvinculada de las disposiciones legales vigentes en el lugar de la comisión del delito así como de la nacionalidad de su autor. Por lo tanto, no cabía duda de que la introducción de este delito en el orden jurídico polaco tenía como finalidad contrarrestar las acusaciones inciertas, y muy frecuentes en el ámbito internacional, dirigidas contra el pueblo polaco, de una supuesta ayuda o colaboración con los regímenes criminales: nazi y comunista.

²⁸ En la mayoría de los casos el uso de tales términos se debe a que los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial estuvieron ubicados —por motivos de comodidad— en los terrenos ocupados por el Tercer Reich, que actualmente se encuentran dentro de los confines de Polonia.

Sin embargo, tal intento de defender la verdad histórica despertó dudas acerca de su compatibilidad con el estándar constitucional contemporáneo. Surgieron argumentos de que la libertad constitucional de investigación científica debería entenderse como una posibilidad de investigar científicamente los hechos y sucesos, cuyo resultado puede favorecer el descubrimiento de la verdad histórica. Parece, por tanto, que el mecanismo analizado restringe dicha libertad de un modo excesivo y sin una necesidad claramente identificable, ya que crea el riesgo de conformar (y no descubrir) la verdad histórica únicamente dentro de los límites aceptados por los órganos del Estado, cuya transgresión genera la responsabilidad penal. Por consiguiente, se presentó también el riesgo de sobrevenir el así llamado efecto congelador (*chilling effect*) que consiste en que la existencia, en la conciencia del investigador, de la amenaza de una sanción penal provoca la inhibición de manifestaciones públicas y de la investigación de los crímenes comunistas y crímenes nazis. Tal solución legal podría, por tanto, conllevar una restricción del debate público sobre de la historia reciente de Polonia.

Las referidas disposiciones fueron sometidas al control de su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional dictaminó su incompatibilidad con la Constitución por causa del proceso legislativo defectuoso. No se pronunció acerca del supuesto incumplimiento del principio de libertad de expresión y de investigación científica, sino que se limitó a hacer constar que, en la fase del procedimiento en el Senado, se habían cometido tales faltas procedimentales que las regulaciones debían eliminarse del sistema de derecho.²⁹

Los problemas constitucionales en el encuentro entre la libertad de expresión y la protección de la memoria histórica surgieron también a causa de las regulaciones penales que preveían responsabilidad por la divulgación de los símbolos relacionados con determinados régimenes presentes en Europa desde comienzos del siglo XX. El Parlamento polaco promulgó una ley que preveía una multa, pena restrictiva de la libertad e incluso pena privativa de la libertad de hasta 2 años por la producción, fijación, importación, adquisición, almacenamiento, posesión, presentación de un impreso, grabación u otro objeto soporte de símbolos fascistas, comunistas u otros símbolos totalitaristas (artículo 256 § 2 del Código Penal). El carácter punible se excluyó solamente en el caso de actos realizados en el marco de una actividad artística, educativa, colecciónista o científica. Tal regulación tenía por objetivo criminalizar la fabricación y venta (incluida la venta por Internet) de objetos con contenidos que propagaban el régimen totalitario del Estado o que eran soportes de símbolos fascistas, comunistas u otros

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 2008, K5/07.

símbolos totalitaristas. Lo que es importante: para exigir responsabilidad penal no era necesario el carácter público del hecho definido en la referida disposición. Según argumentaron los autores de tal propuesta legislativa, la penalización del uso de determinados símbolos cumplía con las expectativas del pueblo polaco en cuya memoria sigue vivo el recuerdo de la guerra y de los crímenes del fascismo y del comunismo.

La regulación analizada fue objeto de control por parte Tribunal Constitucional polaco. En su sentencia el Tribunal Constitucional se centró en la materia de la debida formulación de las normas penales, prestando una menor atención al asunto de la libertad de expresión de ideas. Apuntó que el hecho de usar en una norma penal la expresión “impreso, grabación u otro objeto, soporte de símbolos totalitaristas” era incompatible con el principio constitucional de especificidad de las normas legales.³⁰ En opinión del Tribunal, no puede someterse a responsabilidad penal el uso de objetos cuyo significado puede ser ambiguo, tal como ocurre en el caso de la penalización por la divulgación de “otros objetos” relacionados con los símbolos totalitaristas. El Tribunal hizo recordar que del legislador de un Estado democrático de derecho debía esperarse la precisión y claridad de las disposiciones legales que preveían responsabilidad penal por el uso de objetos que simbolizaban un régimen totalitario. Y que de los tribunales, por su parte, se esperaba una interpretación precisa de dichas normas de un modo que tuviera en cuenta la libertad de expresión de ideas.

De la sentencia analizada se desprende que la penalización del uso de determinados símbolos históricos es constitucionalmente admisible, siempre que las normas que prevean tal responsabilidad sean lo suficientemente específicas para no constituir una intromisión injustificada en la libertad de expresión y que no permitan una interpretación ampliadora. La libertad de expresión es, pues, un valor que merece una protección especial y cualquier injerencia en la misma por medio de una regulación del derecho penal requiere, tanto del legislador como de los tribunales, mucha precisión y precaución. Parece, por tanto, que sería compatible con la Constitución polaca sólo castigar el uso de unos símbolos bien especificados y bajo la condición de publicidad del hecho. Lo que es interesante, acerca de una regulación similar vigente en Hungría, se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo dictaminando que una restricción de la expresión política (considerando como tal la expresión con el uso de los símbolos relacionados con determinados regímenes históricos) que no es unívoca, exige una ponderación de si la restricción está justificada con una

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2011, K11/10.

necesidad social expresa, urgente y especial. La incertidumbre legal en este aspecto puede ejercer un efecto refrigerante sobre el debate público y ser una fuente de autocensura. El Tribunal de Estrasburgo resolvió asimismo que una restricción en el derecho penal no podía basarse únicamente en el recelo ante la propagación del régimen totalitario por medio de determinado símbolo, sino que era necesario que existiera un riesgo real para el orden público o para los derechos de otras personas.³¹

El Tribunal Constitucional polaco aprobó, en cambio, el delito —penalizado con privación de libertad de hasta dos años— de propagación pública del régimen fascista u otro régimen totalitario, así como de instigación al odio basado en las diferencias de nacionalidad, etnia, raza, religión o irreligión (artículo 256 § 1 del Código Penal).³² Expuso que, debido a la circunstancia evidente e indiscutible que constituyen las experiencias de genocidio de los totalitarismos de los últimos cien años, así como la necesidad de proteger la dignidad y la memoria de cada una de las decenas de millones de sus víctimas, los Estados europeos criminalizaban el así llamado discurso de odio. La criminalización de la instigación al odio basado en las diferencias de nacionalidad, etnia, raza, religión o irreligión constituye, sin duda, una limitación de la libertad de expresión, una de las libertades fundamentales de las personas, relevante para su desarrollo y su autorrealización, y de relevancia fundamental para la democracia. La penalización de tal actitud protege el modo democrático de funcionamiento del Estado y de la sociedad, libre del odio basado en las diferencias de nacionalidad, etnia, raza y religión. Esta protección ha de asegurar la paz social y el respeto de los derechos de los grupos nacionales, raciales o religiosos e irreligiosos. El Tribunal polaco llegó, por tanto, a la conclusión de que tal protección penal de la memoria histórica era necesaria en un Estado democrático para su seguridad, orden público y las libertades y derechos de otras personas, especialmente por motivo de raza, género, idioma, religión o falta de religión, procedencia social, nacimiento o patrimonio.

V. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS NORMATIVOS HISTÓRICOS

Una dimensión simbólica en el contexto del ajuste de cuentas de las autoridades públicas polacas con las experiencias dolorosas de la historia se le

³¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 2008, *Vajai versus Hungría* (no de demanda 33629/06).

³² Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 2014, SK65/12.

atribuye al control, realizado por el Tribunal Constitucional en 2011, de la constitucionalidad de los actos legales relativos a la imposición en Polonia en 1981 de la ley marcial,³³ es decir, del gobierno militar provisional cuyo objetivo fue ahogar el movimiento social independentista, representado sobre todo por el sindicato Solidaridad (*Solidarnosc*), cuyo jefe, Lech Walesa, obtuvo en 1983 el Premio Nobel de la Paz. Es de observar que dichos actos fueron decretados el 12 de diciembre de 1981, esto es, bajo el gobierno de la constitución comunista de 1952. Los actos se utilizaron para combatir la oposición democrática que estaba naciendo en Polonia como actos normativos hasta el 21 de julio de 1983 y contenían disposiciones de derecho material que imponían unas restricciones drásticas de los derechos y libertades constitucionales de los individuos. Preveían una injerencia muy avanzada en el ámbito de estos derechos. Como un ejemplo rotundo de tal injerencia puede citarse la disposición que suspendía o restringía los derechos fundamentales de los ciudadanos, definidos en la Constitución de 1952 y en los convenios internacionales de los que Polonia formaba parte. En particular, quedaron suprimidos: el derecho a la integridad personal, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, derecho de asociación, derecho de expresión, de imprenta, de reunión y manifestación. Asimismo es de observar que la opinión pública actual está dividida en cuanto al juicio acerca de la imposición de la ley marcial. Hay quienes opinan que la decisión sobre la imposición en 1981 del gobierno militar en Polonia salvó al país de una intervención militar de la URSS y otros ejércitos del Pacto de Varsovia. Otras personas opinan, en cambio, que la posibilidad de decretar la ley marcial, prevista en la Constitución de 1952, fue utilizada para reprimir severamente la oposición democrática naciente en los años 80.

Para verificar la constitucionalidad de los actos normativos de imposición de la ley marcial, el Tribunal Constitucional actuando a partir de la Constitución de 1997, debió averiguar si aquellos actos seguían vigentes. Conforme a la Ley del Tribunal Constitucional de 1997, el procedimiento debe sobreseerse si el acto normativo ha perdido vigor antes de dictarse la resolución del Tribunal. A base del enfoque adoptado, la pérdida del vigor no se efectúa antes de que determinada disposición no pueda aplicarse de ningún modo. Una disposición derogada formalmente —como es el caso de los decretos de la ley marcial— debe considerarse vigente si sigue siendo posible su aplicación a cualquier situación pasada, actual o futura. Al analizar todos los procedimientos tramitados ante las instancias judiciales superiores, el Tribunal llegó a la conclusión de que algunas de las disposi-

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 2011, K35/08.

ciones de aquellos decretos podían ejercer un mínimo efecto sobre la formulación de la situación legal actual del ciudadano, especialmente en el ámbito del derecho a la protección social y al montante de la pensión de jubilación correspondiente. El hecho de una aplicación parcial de los decretos de la ley marcial generó en consecuencia la posibilidad de resolver sobre su constitucionalidad.

Otro problema fue el modelo del control que debía emplearse para verificar la constitucionalidad de los decretos de la ley marcial. El cargo que se alegó contra dichos actos normativos fue la infracción del procedimiento de su promulgación, definido en la Constitución de 1952. El Tribunal Constitucional se apoyó en este aspecto en la concepción, asentada en su jurisprudencia, de acuerdo con la cual el control de las disposiciones legales (control material) se basa en las normas constitucionales vigentes en el momento de dictarse la sentencia. De acuerdo con el principio *tempus regit actum* la competencia de promulgar un acto normativo y el procedimiento de establecerlo (control formal) se someten a evaluación desde el punto de vista de las normas constitucionales vigentes en el momento de establecerlo. Esto significa que en 2011, bajo el gobierno de la Constitución de 1997, fue posible el control formal de la constitucionalidad de los actos de la ley marcial de 1981 emitidos en virtud de la Constitución de 1952. La conclusión del Tribunal Constitucional en cuanto a la compatibilidad de dichos actos con la constitución vigente en aquel entonces no sorprende: el Tribunal resolvió que los decretos de la ley marcial fueron emitidos por el órgano del Poder Ejecutivo (Consejo del Estado) durante la sesión del Parlamento, mientras que, según la Constitución de 1952, el Consejo del Estado podía usar la competencia legisladora únicamente durante el intervalo entre las sesiones del Parlamento.

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley marcial tiene un carácter simbólico. En la resolución consta expresamente que múltiples derechos y libertades civiles infringidos durante el gobierno militar en 1981 son imposibles de restituir y las infracciones, imposibles de resarcir. No obstante, el Tribunal considera que emitir parecer en este asunto es trascendental para consolidar el gobierno de derecho y, a pesar de las escasas consecuencias directas de tal resolución, sirve para apoyar el principio de confianza de los ciudadanos en el Estado y sus instituciones, expresa la función garantizadora del derecho y confirma el papel supremo de las disposiciones constitucionales en el caso de que los órganos de las autoridades públicas emprendan acciones sin fundamento legal y quebrantando los principios esenciales de implementación de las leyes.

VI. CONCLUSIÓN

Cada intento de saldar cuentas con el pasado y experiencias dolorosas de un determinado pueblo conlleva siempre numerosos dilemas morales.³⁴ Bien lo demuestra el ejemplo de Polonia, donde la axiología constitucional del Estado democrático permite una reprobación de los acontecimientos anteriores a 1989. Simultáneamente, la misma Constitución de 1997 no deja lugar a actos arbitrarios del legislador hacia las personas que de algún modo crearon el aparato del Estado antes de la trasformación democrática o expresen una opinión divergente acerca del pasado. Este problema lo describen acertadamente las palabras del renombrado jurista polaco, W. Osiatynski, quien subraya que, si bien los derechos individuales fueron establecidos para brindar protección ante la tiranía del poder absoluto, en la democracia son tan necesarios como en la autocracia. Su papel consiste en defender ante la mayoría al individuo que se opone a ella o que pertenece a una minoría. Por tanto, algunas decisiones nunca deberán pasar a ser ley vigente ni práctica del ejercicio del poder, ni siquiera cuando el gobierno actúe con el apoyo de una mayoría parlamentaria.³⁵

³⁴ Sadurski, W., *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer Países Bajos, 2014, p. 330.

³⁵ Osiatynski, W., *Human Rights and Their Limits*, Cambridge University Press, 2009, p. 72.