

NOTICIAS DE LIBROS (*)

ALONSO GARCÍA, RICARDO: *Justicia constitucional y Unión Europea*, Cuadernos Civitas, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, 106 págs.

La pregunta sobre la «constitucionalidad» del Derecho comunitario y la función de los Tribunales Constitucionales nacionales al respecto se paraliza dogmáticamente con la sola mención del principio de autonomía del ordenamiento jurídico comunitario. En términos de control, el principio de autonomía se manifiesta tanto en una dimensión formal como material. En una dimensión formal, el sistema comunitario cuenta con la existencia de un órgano propio para tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También en una dimensión material los principios y valores respecto de los que se opera tal control le son propios (aunque no exclusivos), consecuencia tautológica tras afirmar la autonomía del ordenamiento comunitario. Pero lo cierto es que la realidad se encarga de confrontar el principio de autonomía como postulado con un panorama de grises en el que la función del Tribunal de Justicia y la de los Tribunales Constitucionales nacionales se entrecruzan inevitablemente.

El texto que nos ocupa fue expuesto con ocasión de las IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional: 50 aniversario de la Corte Constitucional italiana y 25 aniversario del Tribunal Constitucional español (Lanzarote, 22 y 23 de septiembre de 2005). Pero no es la primera vez que esta cuestión es objeto de atención por el autor. La necesidad de explorar las relaciones entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de la Unión Europea ha estado presente desde hace muchos años en sus inquietudes. En este sentido es de destacar que desde un primer momento, R. Alonso García ha renunciado a planteamientos estáticos en pro de una visión funcional del problema en la que la máxima eficacia y coherencia de los sistemas se impone a la defensa numantina de la autonomía de ordenamientos como cierre de cualquier

(*) Sección coordinada por Francisco Javier Matia Portilla.

problema de relación entre sistemas jurídicos nacionales y ordenamiento jurídico comunitario.

Justicia constitucional y Unión Europea es un trabajo breve pero que resume de forma esclarecedora y, a nuestro entender, convincente, un planteamiento realista de la función que corresponde a los Tribunales Constitucionales nacionales respecto del ordenamiento comunitario en aras de que ordenamientos nacionales y ordenamiento comunitario se muevan en un contexto sistemático. El punto de partida es el inevitable: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como intérprete supremo del ordenamiento comunitario (Punto II) y el principio de autonomía de este ordenamiento (Punto III). Sin embargo, estas afirmaciones se relativizan. La primera, en cuanto el recurso prejudicial, instrumento esencial del control, opera a impulso de los tribunales nacionales; la segunda, en cuanto la autonomía del ordenamiento comunitario en su dimensión «constitucional» se construye «autónoma» pero deudora de los principios y valores comunes de los Estados miembros. Esta radicación en las bases constitucionales de los sistemas nacionales se ha visto plasmada de forma expresa en las sucesivas modificaciones del Tratado desde 1992. Al relativizar el punto de partida es posible enfrentar la realidad: los Tribunales Constitucionales nacionales no son ajenos al control del Derecho comunitario. En este sentido el autor estudia tres supuestos en que los Tribunales Constitucionales nacionales realizan un control del ordenamiento jurídico comunitario: del Derecho comunitario frente al propio Derecho comunitario (Punto IV), del Derecho comunitario frente al ordenamiento constitucional nacional (Punto V) y del Derecho interno conectado con el Derecho comunitario frente al ordenamiento constitucional nacional (Punto VI).

En cuanto a la función de los Tribunales Constitucionales respecto al Derecho comunitario frente al propio Derecho comunitario, es una situación evitable toda vez que esta confrontación debe realizarse ante el Tribunal de Justicia de la Unión. En cierto modo puede entenderse como un fallo del sistema ya que el recurso prejudicial debe solventar este caso de forma radical en sede de interpretación. A tal fin, el autor propone dos ideas que compartimos. La primera vincula la cuestión prejudicial con la tutela judicial efectiva prevista en nuestro ordenamiento: dadas las condiciones en que existe obligación de plantear la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión es «el juez predeterminado por la ley». La segunda se refiere a la posición de los Tribunales Constitucionales nacionales en el sistema de control comunitario: también el Tribunal Constitucional es «órgano jurisdiccional» a efectos de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Más complejidad presentan las otras dos hipótesis por cuanto se trata de casos en que el Tribunal Constitucional se enfrenta a normas comunitarias o normas internas vinculadas a las comunitarias al margen del propio sistema comunitario (el Tribunal de Justicia y el ordenamiento comunitario como parámetro de constitucionalidad). Antes de nada se señala que, de conformidad con lo expuesto en el Punto anterior, a este situación se ha de llegar de forma excepcional, esto es, en cuanto ha fallado el propio sistema de control vía recurso prejudicial: se trata, por tanto, de un control «de carácter subsidiario». En el caso en que el Derecho comunitario se confronta con el orde-

namiento constitucional nacional ante un Tribunal Constitucional nacional, el control «no es materialmente autónomo» sino que debe procurar alcanzar una interpretación conforme por respeto a los principios *pacta sunt servanda*, de cooperación leal y de europeidad. En este sentido el autor apuesta por dar un margen de confianza al sistema comunitario «que debería actuar de manera equivalente» al interno (lo cual recuerda inevitablemente la expansión del principio de reconocimiento mutuo como principio de construcción del Derecho comunitario hacia el futuro). En este contexto es posible utilizar una presunción a favor de la constitucionalidad de la norma comunitaria. Lógicamente el límite se sitúa en la incompatibilidad manifiesta con la Constitución. En todo caso, es fundamental evitar un clima de desconfianza general que destruya la presunción. Por último, cuando de Derecho interno vinculado al Derecho comunitario se refiere el escenario es más peligroso. Es preciso tener en cuenta el vínculo comunitario de la norma interna al objeto de proceder tal y como se señaló en el Punto anterior. Por lo demás, si la norma interna traspone correctamente la norma comunitaria, la pregunta por la inconstitucionalidad de la interna lo es también por la de la comunitaria, de forma mediata. Además su declaración de inconstitucionalidad abre la puerta al recurso por incumplimiento en tanto la trasposición desaparece.

De especial interés resulta este discurso en lo relativo a las materias que han quedado en un plano intergubernamental después de la comunitarización operada en Ámsterdam (Punto VII). En puridad, queda en este plano la Política Exterior y de Seguridad Común mientras que la acción en relación con la Cooperación policial y judicial en materia penal recibe algún matiz supranacional. La polémica ya se ha suscitado por la diferente visión manifestada en dos decisiones muy próximas en el tiempo: la Sentencia TJCE de 16 de junio de 2005, as. C-105/03: Pupino y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 18 de julio de 2005 que declara la inconstitucionalidad de la ley de ejecución de la Decisión marco sobre la euro-orden. El autor entiende que en el plano intergubernamental la Unión no dispone de un marco de actuación judicial tal que permita trasladar aquí las afirmaciones hechas antes en el sentido de que no cabe margen de confianza en el sistema comunitario por cuanto no puede responder de manera equivalente al interno.

Corolario de este discurso es la necesidad de arbitrar y mejorar la comunicación entre los Tribunales Constitucionales al objeto de «cimentar un discurso constitucional europeo común» (Punto VIII). A tal fin, el autor, propone impulsar los contactos informales así como fortalecer el recurso prejudicial y encarar reformas bidireccionales en el sistema judicial europeo: reconocimiento de la labor de los Tribunales Constitucionales nacionales en la construcción del Derecho europeo así como de la labor «constitucional» del Tribunal comunitario. En suma, el control de constitucionalidad del Derecho comunitario relativiza el escenario: tanto en lo atinente a la autonomía del ordenamiento comunitario cuanto de la autonomía del ordenamiento constitucional de los Estados miembros. La mejor manera de garantizar tales principios como postulados es relativizarlos.—*M.^a Victoria Cuartero Rubio.*

CONOR GEARTY: *Principles of human rights adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 230 págs.

La bibliografía sobre la ley británica de derechos humanos de 1998 [respecto a esta medida debe permitírse nos remitir, en castellano, a nuestro artículo con R. Alonso García, publicado en el número 105 (2000) de la Revista Española de Derecho Administrativo, y al de S. Geer y R. Bustos Gisbert en la Revista Española de Derecho Europeo núm. 9 (2004)] empieza ya a ser muy abundante y, como es lógico, de mérito desigual.

En esta nota queremos llamar la atención sobre uno de los intentos más ambiciosos, en este terreno, de los últimos tiempos: el del catedrático de derecho de los derechos humanos de la London School of Economics and Political Science, Conor Gearty. En el libro se pretende «explicar la Human Rights Act 1998» (en adelante HRA) (pág. v) a través de una Introducción (parte primera), la exposición de los que considera principios básicos de la misma (parte segunda), la revisión de cómo los mismos se aplican (parte tercera), y una conclusión (parte cuarta). Para el autor, la ley «ha encajado muy bien en la constitución del Reino Unido y ha sido, en general y hasta ahora, un gran éxito» (pág. v). A fundamentar este optimismo dedica las más de doscientas páginas del libro, cuyas principales tesis pasamos a exponer a continuación.

Las primeras reflexiones de Gaerty van en el sentido de la necesidad de encajar la HRA en una cultura como la británica que siempre ha sido reacia a cualquier tipo de sistema de derechos supraparlamentario, y de hacer coherente el mensaje contradictorio, que se envía a los jueces, de aplicar el sistema de derechos humanos y, a la vez, respetar la soberanía parlamentaria. Para el autor a pesar de que la medida incrementa el poder de la judicatura, se ha alcanzado un equilibrio entre principios y pragmatismo, entre una concentración en los derechos humanos definidos ampliamente, por un lado, y el interés público definido democráticamente, por otro.

Pasa inmediatamente nuestro hombre a analizar los principios básicos de la HRA, empezando por el de respeto por las libertades civiles, que deduce del hecho de que la concepción legal que está en la base de la medida es más la del respeto de los derechos de los ciudadanos que la de los más vagos derechos humanos. Anima a los jueces a hacer uso de sus poderes de interpretación conforme a la HRA, y de declaración de incompatibilidad con la misma de la legislación, y se muestra decepcionado por el uso de estas facultades que se ha dado en los primeros años de aquella, con un análisis de casos concretos que resulta interesante.

El segundo principio fundamental es para Gearty el de legalidad, basado en el convencimiento de que la única fuente del derecho será un parlamento elegido, y que los jueces son exactamente la gente inadecuada para depender de ellos en una crisis política, un hecho que han reconocido ellos mismos. Se muestra así partidario de no dar a los tribunales demasiados poderes para rellenar las lagunas de la ley, porque esto es lo que debe suceder en una democracia representativa que funcione correctamente. Esa actitud no es contradictoria con un sistema de «common law» sino que, más bien, la HRA está dirigida a la democratización del mismo, mediante la articulación por la

legislatura de los valores que deberán de ahora en adelante estar en la base del proceso de decisión judicial.

La dignidad humana es el tercer principio al que se refiere Gearty, para quien una teoría democrática de los derechos humanos debe buscar abarcar y llevar a buen uso, más que oponerse e ignorar, el concepto de dignidad humana, concepto del que resalta que, frente a la pasividad de la judicatura, el Parlamento inglés ha sido uno de sus más firmes defensores. Continúa el autor haciendo una revisión de los pleitos más significativos de los últimos tiempos en estas materias, resaltando la tendencia de los tribunales a negarse a establecer principios de tipo general, en una práctica de respeto a las circunstancias del caso que bordea lo sacramental.

Entre las conclusiones más interesantes de este análisis principialista está la de que la prueba de fuego de la HRA es la de ver hasta que punto ha sido capaz de ofrecer protección a grupos e individuos de la sociedad británica cuyo poder político ha sido tradicionalmente escaso y que, como consecuencia de ello, han sido rara vez apoyados por el derecho.

En el siguiente bloque sugiere Gearty criterios para la aplicación de los principios que acabamos de ver. El primero es el que denomina la «Aspiración de competencia institucional» y consiste en afirmar que dichos principios deberían servir de base para una aproximación «activista» de la judicatura a la HRA. Tendríamos que hallarnos ante un poder judicial vivo y creativo, y no cabe duda de que un nuevo tipo de discurso basado en los derechos humanos ha empezado a infiltrarse en el derecho inglés. Se muestra optimista en el análisis de los primeros casos, que para él revelan una judicatura británica aparentemente versada en la necesidad de discriminar entre la intervención justificada bajo la HRA, por un lado, y los juegos ingenuos en materia de políticas públicas, por el otro. El equilibrio debería para el autor venir marcado por la existencia de una «deferencia judicial», más que por un «autocontrol judicial». De la primera está imbuida la misma estructura de la HRA, y el segundo, que también es necesario, se deriva de la constatación por los propios jueces de las limitaciones de sus procesos de decisión, y de su apreciación madura de que ciertos asuntos están más allá de la capacidad de resolver de ningún tribunal.

La segunda «aspiración» a la que hace referencia Gearty es la que llama de «intrusión proporcional». En las páginas dedicadas a ella resalta que la HRA nunca tuvo intención de «arreglar lo que no estaba roto» (pág. 147), y de ahí lo relativamente modesto de sus propuestas normativas. Respecto al derecho legislado el activismo de los jueces solo es de recibo cuando la argumentación referente a los derechos humanos sea central en el discurso. La revisión de la actividad administrativa debe hacerse buscando abrir brecha entre un excesivo legalismo, y una revisión basada exclusivamente en los hechos, por un lado, y una indebida pasividad, por el otro. Por lo que se refiere al «common law» el ideal para el autor sería una HRA que fuera la servidora más que la dueña del mismo.

La de la «coherencia analítica» es la tercera aspiración a la que según Gearty debe responder la HRA. Aquí, otra vez al hilo del análisis de casos concretos, se vuelve a reflexionar sobre el papel que deben representar los jueces en el nuevo esquema insti-

tucional. Estos quedan ahora, mucho más que antes, sometidos al escrutinio del público en general, y deben, por ello, adoptar una actitud diferente ante los problemas que tienen que resolver, pasando de ser meros técnicos a convertirse en «guardianes morales de la sociedad democrática» (pág. 202).

La cuarta parte del libro la dedica el autor a extraer conclusiones, empezando por la de que el análisis de los casos que se han decidido hasta ahora de acuerdo con los principios de la HRA muestra una judicatura activista, que quiere derribar las barreras a la creatividad, y llegar a decisiones que considera que son adecuadas, y justas. Igualmente, no debe olvidarse, para Gearty, que los jueces no pueden transformarse en miniveriones de los poderes ejecutivo y legislativo, cuyas competencias deben ser muy cuidadosos en respetar. En este contexto, se hacen referencias a las reformas en marcha de los altos tribunales británicos, y se tiene la prudencia de recordar que, igualmente que no debemos resaltar demasiado las debilidades del poder legislativo como control del poder ejecutivo, también debemos ser cuidadosos antes de exigir demasiado de los tribunales como guardianes de los derechos humanos.

El balance final que hace el autor no puede ser más optimista. Se muestra entusiasta con la manera en que el orden constitucional británico ha abrazado y se ha implicado en el discurso de los derechos humanos, considera fascinante la interacción entre dicho orden constitucional preexistente y la HRA, y resalta como ésta a la vez influye y es influenciada por la ideología que la precede, de la misma manera en que esa ideología fue a su vez influenciada por lo que había ocurrido antes. En resumen, para Gearty, «la Constitución del Reino Unido sigue avanzando pacíficamente» (pág. 214).

Es este libro del autor británico el primer intento de elaborar una teoría que pueda guiar la actividad de los tribunales en la aplicación de la HRA. No han faltado en la bibliografía publicada hasta ahora trabajos de alcance sobre aspectos concretos de la misma, o exposiciones con fines más o menos prácticos de sus aspectos generales y sus primeras aplicaciones por los tribunales, pero había una laguna en lo que se refiere a la tarea de extraer conclusiones de altura trabajando tanto con el texto de la ley como con las ya no tan escasas decisiones de los jueces que la han tenido en cuenta. Esta es la que ha venido a llenar la obra de Gearty. Nos encontramos con un trabajo que pretende, y lo consigue, reelaborar los materiales que se han producido desde 1998 con especial acierto, construyendo una sólida teoría de la HRA y dotando de sentido, en el contexto peculiar del orden constitucional británico, a una medida que seguirá dando mucho que hablar en el futuro, pero que encuentra en este libro un primer balance sobre sus bases y consecuencias. Por echar de menos algo, al lector le gustaría que el análisis de la HRA llevara consigo referencias a otros problemas de los derechos humanos en el Reino Unido, como la estricta legislación antiterrorista que se ha venido aprobando en los últimos tiempos, alguna de ella posterior a la obra que comentamos, lo que justificaría que no haya alusiones a la misma.

Parece fácil, por todo lo que hemos dicho hasta ahora, alcanzar la conclusión de que nos encontramos ante un libro imprescindible para abordar el tema de los derechos fundamentales en el Reino Unido, que conjuga su brevedad con un estudio profundo de los problemas y unas aspiraciones teóricas que hacen de él una de las obras a las

que es imprescindible acercarse si se pretende ocuparse de aquél, por lo que solo nos queda recomendar su lectura a todos los interesados en el acontecer constitucional británico.—*Ignacio Torres Muro*.

PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ: *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

La monografía que presentamos se ocupa de un tema, el internamiento de extranjeros, que constituye una realidad preocupante en la que se encuentran muchos extranjeros cuando traspasan nuestras fronteras ilegalmente. Efectivamente, y como se desprende de la investigación, se trata de un problema de gran calado jurídico por su conexión y afección a un derecho fundamental como el de la libertad personal. De este modo, las líneas que siguen pretenden dar cuenta del último libro de Paloma Requejo en el que, a lo largo de siete capítulos de que consta, se aborda un análisis sistemático del régimen jurídico del internamiento de extranjeros como categoría unitaria, determinándose en el examen de las diferentes situaciones que desencadenan esta medida en nuestro ordenamiento jurídico (expulsión, devolución, retorno). Además, incorpora un examen del procedimiento previsto para su adopción, así como de las garantías que asisten a los extranjeros durante el período de tiempo que dura el internamiento. Especial atención merecen los problemas que derivan de los lugares donde tiene lugar esta situación.

La autora profundiza en la temática planteada a través del análisis de la normativa vigente y de la jurisprudencia constitucional, demostrando a lo largo del trabajo una gran habilidad en la exposición de las cuestiones tratadas, así como un perfecto dominio de los materiales empleados. Sobre este particular, son numerosas las ocasiones en que se pone de relieve el tratamiento insuficiente dado por el legislador a este tema. Un claro ejemplo de esta pereza legislativa lo constituye la ausencia de normas reguladoras de los Centros de internamiento hasta 1999, en que son desarrollados por la Orden Ministerial de 22 de febrero.

El tema objeto de esta investigación, el internamiento, constituye una situación en la que algunos de los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros pueden resultar ineludiblemente afectados como consecuencia de su adopción. Para circunscribir esta cuestión, la profesora Requejo repasa brevemente la doctrina constitucional respecto a la tipología de derechos cuya titularidad se atribuye a los extranjeros, sin entrar en el análisis y valoración de la misma. De esta recapitulación deriva que la libertad personal del artículo 17 CE, cuya titularidad corresponde a toda persona independientemente de su nacionalidad, será el derecho que resulte afectado con la adopción del internamiento, y no la libertad de circulación del art. 19 CE. Y ello, no porque la titularidad de este derecho se atribuya exclusivamente a españoles, sino porque el disfrute del mismo depende de que el extranjero haya entrado legalmente en territorio y permanezca en el mismo en esta situación. En consecuencia, ni del artículo 17, ni del

19 se deriva en nuestro ordenamiento la existencia de un derecho de entrada en nuestro territorio que obligue a los poderes públicos a permitir el acceso de cualquiera a traspasar las fronteras (ATC 55/1996).

Tras estas precisiones, y a la luz de la jurisprudencia constitucional, es posible construir un concepto de internamiento que permita avanzar con la investigación. De este modo, puede definirse como «una medida privativa de libertad de naturaleza cautelar, que el Poder Judicial, y no la Administración, puede acordar a instancia de esta última en aquellos supuestos previstos por la ley, de conformidad con la Constitución y los Tratados internacionales suscritos por España, para que sea ejecutada en centros específicos no penitenciarios» (pág. 21). Esta manera de abordar la definición presenta la ventaja de permitir diferenciar esta figura de otras afines como el arresto domiciliario del quebrado, la prisión preventiva o la retención policial a efectos identificativos. Ello se debe fundamentalmente a las siguientes razones: *a)* el internamiento se enmarca en el ámbito de la extranjería; *b)* cumple una función cautelar dirigida a asegurar la efectividad de una resolución administrativa; *c)* se trata de una medida de naturaleza judicial, auxiliar de un procedimiento administrativo, ya que no es la Administración quien acuerda el internamiento, sino que ésta se limita a solicitar su adopción al Juez de instrucción, que lo concederá excepcionalmente atendiendo a las circunstancias del extranjero, y *d)* el internamiento jamás se realiza en calabozos policiales, ni centros penitenciarios, sino en Centros específicos dependientes del Ministerio del interior y custodiados policialmente, regulados tras la última reforma por la Ley de extranjería.

Resulta imposible abordar un tema como este sin aludir, aunque sea someramente, al estado de la cuestión en el *ámbito supranacional*, especialmente en el europeo. Téngase en cuenta que las normas internacionales sobre inmigración y asilo han influenciado notablemente el contenido de la normativa interna, debiéndose, en cierto modo, a la voluntad del legislador nacional por adaptarse a los compromisos contraídos a nivel internacional. Este fenómeno se constata particularmente en el caso de las normas europeas, en el que son múltiples las referencias a las mismas que pueden encontrarse en la legislación sobre extranjería, algunas de cuyas modificaciones son impulsadas para facilitar la coherencia entre ordenamientos. Por lo que respecta al marco de la Unión Europea la ausencia de una política comunitaria de inmigración y un estatuto jurídico de los extranjeros común a los Estados miembros ha dificultado el desenlace de los problemas de inmigración acudiendo a soluciones coyunturales. Sobre ello, se hace un breve repaso a la evolución de la política comunitaria desde 1986, en que estas cuestiones quedaban en el ámbito de la colaboración intergubernamental a través de diversos grupos de trabajos, hasta el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa que, sin duda alguna, ofrece los mayores avances en la materia, garantizando el derecho a la libertad, a la seguridad y el derecho de asilo. En concreto, será en la Sección I del Capítulo IV, sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, donde se desarrollen los temas relacionados con los extranjeros, y sirva como ejemplo el art. III-158 en el que se prevé que la Unión garantizará la ausencia de controles de personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común

de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores basada en la solidaridad. Por otra parte, la Constitución mantiene, como el Derecho originario anterior, la cláusula de cierre por la que corresponde a los Estados el ejercicio de las responsabilidades sobre orden público y seguridad interior, lo que «de nuevo asegura a los Estados el que puedan seguir vinculados a unos espacios que ellos consideran íntimamente ligados a su soberanía» (pág. 43). Una mención especial en toda esta evolución de la política comunitaria merece el papel de los Estados como actores principales de las políticas de inmigración. De estas consideraciones, se deriva que el reconocimiento de las competencias comunitarias en materia de inmigración y asilo va acompañado de la regulación de los Estados.

La regulación del internamiento en la normativa anterior, especialmente, la Ley orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España, es calificada por la autora como una verdadera ley de extranjería, en la medida en que no se limita a regular solamente el ámbito de los derechos, sino que alcanza también aspectos administrativos vitales para los extranjeros (régimen de entrada, permanencia y salida). Asimismo, recuerda los problemas de constitucionalidad planteados en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo y que fueron resueltos en la STC 115/1987, en la que el Tribunal entiende que el Juez de instrucción es el órgano encargado de decidir la privación de libertad como medida cautelar de carácter excepcional, y no la Administración; por tanto, debe reconocerse que el internamiento tiene naturaleza judicial. Esta doctrina constitucional condicionará posteriormente el contenido de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley 8/2000, tras la cual las medidas cautelares quedarán circunscritas a determinados procedimientos sancionadores, entre los que destaca aquellos en que se propone la expulsión. De las distintas leyes de extranjería llama la atención de la autora que hasta la última reforma no haya ninguna referencia legislativa al régimen interior de los Centros donde ha de tener lugar el internamiento; laguna, que en ningún momento se convirtió en óbice a la puesta en funcionamiento de tales centros, finalmente reconocidos por Orden ministerial en 1999.

Los supuestos que pueden ocasionar la medida del internamiento son fundamentalmente la *expulsión*, la *devolución* y el *retorno* del extranjero; situaciones, que son objeto de un pormenorizado análisis.

Respecto a la *expulsión* del territorio, esta situación es analizada desde una doble perspectiva: por una parte, como medida cautelar tendente a asegurar la eficacia de una posible resolución administrativa de expulsión, y por otra, como medida de ejecución forzosa de la resolución de expulsión ante la negativa del extranjero a abandonar el territorio. Tras una serie de precisiones sobre las diferentes modalidades de la expulsión (administrativa, judicial, sustitutivo penal o medida penitenciaria), la investigación se centra en la denominada expulsión administrativa por su más directa vinculación con la temática del internamiento, si bien se aclara que ni la expulsión judicial, ni la de naturaleza administrativa pueden considerarse una pena, insistiendo en que no puede confundirse medidas de política criminal con medidas de política de extranje-

ría. La expulsión administrativa es contemplada por la vigente Ley de extranjería 4/2000, en su redacción dada por la LO 8/2000 y las Leyes orgánicas 11/2003 y 14/2003, como una sanción, alternativa a la multa, que implica no solamente la salida forzosa del territorio, sino también la extinción de cualquier autorización para permanecer en él, el archivo de los procedimientos de autorización de residencia o trabajo, así como la prohibición de volver a entrar en España de tres a diez años. Como se deriva de la jurisprudencia constitucional la expulsión supone una quiebra al derecho de libre circulación y residencia del que disfrutan los extranjeros que ha entrado legalmente en España (STC 94/1993). Hay que tener presente que este derecho no se encuentra especialmente vinculado a la dignidad humana, por lo que su titularidad puede extenderse a los extranjeros por un tratado o por una ley, que podrán regular el ejercicio de los mismos. Siguiendo esta línea argumental la Ley de extranjería en su artículo 5 hace depender el disfrute del derecho al cumplimiento de los requisitos de entrada y salida establecidos por la propia ley.

Realizado el análisis de los casos en que procede la expulsión y de las normas que regulan el procedimiento conforme al cual ésta se tramita, se concluye que expulsión e internamiento son figuras diferentes; mientras la primera, que corresponde a la Administración, tiene un carácter principal y su naturaleza es sancionadora, la segunda es accesoria y de naturaleza cautelar, correspondiendo su adopción a la autoridad judicial.

El segundo de los supuestos, la *devolución*, está previsto en el artículo 58 de la Ley, como el acto administrativo por el que la misma autoridad competente para acordar la expulsión resuelve reenviar a su país de origen, sin que medie expediente de expulsión, a los extranjeros expulsados que contravengan la prohibición de entrada en España y a los extranjeros que pretendan la entrada ilegal, salvo que hayan formalizado una petición de asilo. A este respecto, la autora recuerda que la devolución no siempre ha sido presupuesto de internamiento, pues la Ley de 1985 desconocía esta posibilidad. Entre los problemas que plantea esta figura hay que destacar particularmente el referente a su naturaleza jurídica y a su ámbito de aplicación. En cuanto a la primera de las cuestiones, y a la luz de la regulación vigente, no es posible ofrecer una respuesta unitaria, resultando más aconsejable distinguir los dos supuestos que provocan la adopción de la devolución. Si ésta tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de prohibición de entrada estaremos ante una reejecución forzosa. Sin embargo, si aquella trae causa de una entrada ilegal, la devolución adopta una naturaleza sancionadora imponiéndose un deber legal de salida del territorio. Respecto al ámbito de aplicación de la devolución, concretamente en el supuesto de «quienes pretendieran entrar ilegalmente en nuestro país», la regulación genera múltiples interrogantes por la ambigüedad de su redacción, y como ejemplo de ello, se citan situaciones concretas que son susceptibles de ser catalogadas, tanto como causas de devolución, como de expulsión. Sin embargo, esta incertidumbre no ha sido despejada por el legislador, como lo demuestran las últimas reformas legales que dejan el problema sin resolver.

La situación de *retorno* está prevista en la Ley para los extranjeros que, pretendiendo entrar legalmente en territorio español por los puestos fronterizos, no se les

permite la entrada, no como medida sancionadora por haber incurrido en ningún ilícito, sino por no reunir los requisitos exigidos (art. 60). Se trata de una modalidad mas de ejecución forzosa de un deber de salida o «no entrada» procedente de una resolución administrativa de denegación de entrada dictada con todas las garantías (motivación, información de recursos, asistencia letrada, intérprete, ...), pudiéndose distinguir en estos casos dos momentos: el policial, impidiendo la entrada al extranjero que se encuentra en nuestro territorio, y el gubernativo, decretando el retorno. Por último, y en relación con los supuestos que desencadenan el internamiento, se incorpora una breve referencia a la figura del *asilo* señalando algunas de las cuestiones más problemáticas que plantea desde la perspectiva constitucional.

Como puede constatarse de estas observaciones, son múltiples las circunstancias que pueden generar el internamiento de extranjeros. Ahora bien, pese a esta diversidad de supuestos, debe insistirse que la medida de internamiento es única, por lo que el *procedimiento* para llevarlo a cabo será también el mismo. De este modo, se procede a un análisis minucioso de los distintos trámites que forman parte del *iter* para la adopción del internamiento, deteniéndose particularmente en las normas reguladoras de algunas cuestiones, como por ejemplo, los órganos encargados de acordar el internamiento o el sistema de recursos disponibles frente a las medidas acordadas. El internamiento constituye una medida judicial auxiliar de un procedimiento administrativo de expulsión, retorno o devolución; supuestos, en los que la Administración no acuerda la medida, sino que solicita al Juez de Instrucción que la acuerde (SSTC 115/1987, 144/1990, 96/1995 ó 182/1996). Ahora bien, en este punto la autora se cuestiona quiénes son ese órgano administrativo y ese Juez de Instrucción encargados de estas tareas. La regulación de los órganos competentes desarrollada por el art. 153 del Reglamento de Extranjería ofrece, a su juicio, una respuesta un tanto confusa, por lo que considera que «hubiera contribuido a una mayor claridad el que la enumeración del órgano se vinculara con el supuesto que desencadena la petición de internamiento» (pág. 105). Teniendo en cuenta estas consideraciones acerca de las diferentes realidades que pueden acontecer, la profesora Requejo pone de manifiesto la confusión existente sobre la determinación del órgano encargado de instar el internamiento, y que en su opinión, debería ser el encargado de tramitar o acordar los diferentes expedientes de expulsión, devolución o retorno.

En cualquiera de los supuestos, practicada una detención y transcurridas las setenta y dos horas de privación de libertad, si la Administración entiende que debe continuar esta situación, pondrá al extranjero a disposición judicial con la única finalidad de que acuerde su internamiento, como medida imprescindible para asegurar la eficacia de la medida que se quiere adoptar o que se ha adoptado; en ningún caso, el Juez de instrucción entrará a valorar si procede la expulsión, devolución o retorno, ya que se trata de una decisión gubernativa, cuyo control jurisdiccional queda atribuido a los Tribunales contencioso-administrativos.

Los *Centros de internamiento* son establecimientos públicos no penitenciarios dependientes del Ministerio del Interior donde se interna a los extranjeros con carácter cautelar o para asegurar la ejecución de una resolución administrativa. Su regula-

ción ha sido inexistente hasta 1999 en que mediante Orden ministerial se procedió a su desarrollo, si bien será con la última de las leyes de extranjería cuando se produzca un verdadero avance en la regulación de los requisitos mínimos que deben reunir estos Centros, así como en los derechos y deberes de los internados. De este modo, la misma regula los requisitos materiales y personales que debe reunir el Centro, detallando las normas que rigen su régimen interno y el trato que debe prestar a los internados. Sobre estas cuestiones llama la atención la diferencia existente entre el deber ser, establecido por la norma, y la realidad; y muestra de ello, resulta de los distintos Informes del Defensor del Pueblo en los que se insiste fundamentalmente en la carencia de infraestructura y de dotación personal adecuada, lo que sitúa a estos centros en situaciones verdaderamente precarias. En opinión de la autora, resultaría más acorde con la naturaleza de dichos Centros que estos lugares funcionaran, no como centros de reclusión, sino como un centro social de servicio de prestación de atenciones individualizadas; con ello, se garantizaría el cumplimiento de las funciones para las que han sido creados y que nada tienen que ver con las penitenciarias.

Sin embargo, los Centros de internamiento no son los únicos lugares donde el extranjero es privado de libertad en cualquiera de los supuestos analizados en el trabajo. Además, deben tenerse presente los puestos fronterizos, las zonas internacionales o de tránsito y las salas de rechazados en los aeropuertos que se convierten en sedes de espera. En relación con éstos, y ante la negativa de la Administración para que los extranjeros pudieran ejercer sus derechos en estas zonas, se planteó el problema de la vigencia de los derechos en estos recintos, siendo la jurisprudencia constitucional la que dilucidó la cuestión confirmando que en estos supuestos lo relevante no es la ubicación territorial de las dependencias, sino la sujeción del individuo al poder público español (STC 53/2002). En consecuencia, los derechos fundamentales son plenamente aplicables en estos recintos al encontrarse bajo soberanía española, si bien la propia doctrina constitucional ha contemplado algunas modulaciones para determinados supuestos (ATC 55/1996 y SSTC 174/1999, 179/2000, 53/2002).

Respecto a los *derechos de los internados*, la autora se encarga de circunscribir esta parte del trabajo a aquellos que afectan a los extranjeros cuando han ingresado en un Centro de internamiento, precisando que su pretensión no es abordar un análisis pormenorizado de todos los mecanismos de tutela que afectan a estos sujetos en las situaciones que desencadenan el internamiento. Por ello, entiende que «resulta más adecuado acotar los derechos de los extranjeros al momento de su internamiento efectivo, que ofrecer una visión global de los mismos desde el arranque del procedimiento que provoca la adopción de tal medida» (pág. 155), por lo que dejará de lado el tratamiento de los derechos que asisten al extranjero en el seno del procedimiento judicial en el que se acuerda el internamiento (habeas corpus, asistencia letrada, ...). Realizada esta precisión, parte de la idea de que la situación de internamiento del extranjero no debe incidir en sus derechos constitucionales, salvo en el derecho a la libertad personal que será el único cuyo ejercicio se verá temporalmente limitado, puesto que el resto de los derechos de que es titular son los mismos que para el resto de los extranjeros.

Por lo que se refiere a la libertad de circulación, ésta es extensible a los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español, pese a que el artículo 19 los reserve a los españoles; extensión que se produce, no por la vía del artículo 13 CE, sino del 10.2 CE. En consecuencia, no puede sostenerse que «el internamiento suponga una privación de la libertad de circulación del extranjero, puesto que no es posible privar a alguien de lo que nunca tuvo» (pág. 157). Téngase en cuenta que las situaciones que desencadenan el internamiento del extranjero son todas irregulares, lo que impide reconocerles la titularidad del mencionado derecho. Esto lleva a concluir que el único derecho fundamental de los extranjeros afectado durante el internamiento es la libertad personal, por tanto, como a cualquier otra privación de libertad, también el internamiento deberá asegurar determinadas garantías.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 20 de la Ley de Extranjería lo aborda con especial atención, de donde se deriva que las garantías del artículo 24 CE resultan aplicables tanto en los procedimientos administrativos que dan lugar al internamiento, como en el proceso judicial en el que se dilucida el internamiento. Ante la imposibilidad de ofrecer un estudio pormenorizado de los aspectos que incluye este derecho, la autora deja constancia de tres cuestiones concretas que poseen cierta relevancia en el marco de la extranjería: asistencia jurídica gratuita, acceso al recurso y medidas cautelares.

Junto a este análisis de los derechos fundamentales, se incorpora un breve apunte sobre los derechos legales de los internados. A este respecto, y con la entrada en vigor de la LO 14/2003, los derechos de los extranjeros internados, reconocidos hasta entonces por normas reglamentarias (Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999) pasan a regularse por disposiciones de rango legal. Sin embargo, esta normativa resulta, en opinión de la autora, algo confusa es su redacción, en la medida en que no ofrece una visión de conjunto de los derechos de los extranjeros internados, sino que establece una diferencia entre el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros y el de los derechos de los extranjeros internados. En consecuencia, se ha desaprovechado la ocasión para clarificar esta cuestión y ofrecer un catálogo de derechos lo más completo posible, limitándose a reproducir la normativa de la Orden ministerial de 1999.

Por último, se incorpora una breve mención a los *deberes de los extranjeros* en los Centros de internamiento, que viene a completar esta visión sobre el estatuto jurídico de los internados mientras permanece su privación de libertad. Al igual que ocurre con los derechos, también en esta ocasión la legislación vigente se limita a reproducir la normativa de la Orden ministerial, en especial se trata de manifestaciones de la relación de sujeción especial que liga al extranjero con la Administración una vez que se produce el internamiento. Lo que no se resuelve es lo que sucede si el extranjero incumple las obligaciones fijadas, esto es, no se establece un sistema de infracciones y sanciones aplicables en tales circunstancias; pormenores, que el legislador ha omitido en la última reforma. «Hubiera sido aconsejable que la Ley ofreciera una cobertura idónea a la potestad sancionadora de la Administración, fijando, al menos, el contenido mínimo tanto de las infracciones en que incurren los internos» cuando incumplen sus deberes.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la autora aborda brillantemente el tema del internamiento de extranjeros, realizando interesantes reflexiones que servirán de propuestas al legislador en aras de una modificación legislativa que resuelva las lagunas apuntadas en el trabajo. Sin duda alguna, las consideraciones recogidas en la investigación ponen de relieve la enjundia de una problemática delicada a la que se enfrentan las autoridades españolas con mayor frecuencia cada día. Y es que, no se puede olvidar que la medida consistente en el internamiento de extranjeros incide directamente en algunos derechos fundamentales, principalmente la libertad personal, lo que viene a complicar un conflicto personal que constituye en sí una tragedia humana.—*Yolanda Gómez Lugo.*

ROBERTO URIARTE TORREALDY: *El artículo 129.2.º de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Comares, Granada, 2005, 204 páginas (ISBN 84-8444-992-0).

La obra que en estas líneas se recensiona ofrece al lector una visión completa y extraordinariamente sugerente del derecho de los trabajadores a participar en la gestión de la empresa. En un total de seis capítulos, a los que se añade una reflexión final, el autor va hilando una compleja teoría sobre el alcance de este derecho a la luz de la configuración constitucional del Estado español, y de los mandatos comunitarios, así como de la lectura conjunta de los encargos hechos en nuestra Carta Magna a los poderes públicos para que garanticen la participación de los ciudadanos en la vida económica (art. 9.2) y de los trabajadores en la empresa (art. 129.2). Decimos que es una visión completa, compleja, y también —y sobre todo— original, entre otras cosas porque en ella se combinan la perspectiva constitucional y la propia del Derecho laboral, además de un enfoque en ocasiones no estrictamente jurídico (no en vano las primeras citas de libro son de Dahl, Galgano y Webb).

El estudio de las fórmulas, existentes o posibles, de participación económica de los trabajadores no es, ni mucho menos, una novedad para la doctrina. Existen numerosas e interesantes obras de iuslaboralistas sobre esta cuestión, pero en su mayoría son estudios ligados fundamentalmente a la realidad de los instrumentos de participación de los representantes de los trabajadores (participación desde la representación). Además de la ya aludida originalidad del enfoque, lo novedoso de esta obra y a buen seguro uno de sus mayores atractivos, es que sugiere otro desarrollo posible del art. 129.2 CE, que a día de hoy se limita con carácter general a la asignación de potestades consultivas a los representantes de los trabajadores (con la excepción del acceso con una cuota minoritaria a los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros).

Esta interpretación avanzada y alternativa la hace el autor partiendo de los contenidos de la Constitución, los explícitos y los implícitos, y aceptando el escollo que para la introducción de mecanismos de participación decisoria representan las tradiciones empresariales y sobre todo sindicales de nuestro país. No olvidemos, en este sentido,

que el movimiento sindical español (como el británico y en general el de los países del mediterráneo) ha apostado más por un modelo de conflicto o presión en las relaciones laborales que por un modelo cooperación y corresponsabilización. Este lastre —pues así cabe considerarlo— no lo padecen otros Estados en los que se han instaurado o están instaurando con éxito modelos de participación, como ocurre con los países del Norte de Europa, y paradigmáticamente con Alemania (en los últimos tiempos también con Japón).

El Dr. Roberto Uriarte enseña Derecho constitucional en la Universidad del País Vasco (campus de Lejona), y tiene publicada una monografía estrechamente relacionada con esta que ahora recensamos (*El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, IVAP, Oñate, 2004). El autor fundamenta su apuesta por un modelo de participación en la gestión empresarial (a nivel decisorio, y no sólo consultivo), canalizado generalmente a través de los órganos de representación de los trabajadores, en sólidos argumentos de legitimación, en otros puramente económicos y también utilizando algunos enfoques de organización directiva. Los primeros parten del papel social (de servicio público en palabras de Dahl) que corresponde a las empresas en las sociedades modernas, y que hace aconsejable la introducción de instrumentos que incrementen la legitimación de las decisiones empresariales. Los segundos facilitan la presentación de la participación como una estrategia empresarial no sólo económicamente viable o sostenible, sino incluso más rentable que la propia de los sistemas clásicos y jerarquizados de organización empresarial, al tener que asumir estos últimos unos costes (mayor riesgo de conflictos laborales y menor producción por la baja implicación de los trabajadores) que se neutralizan o al menos de minimizan en las empresas participativas, en las que los costes de ejecución de las órdenes son menores (al estar éstas consensuadas), y la efectividad y la productividad mayor por la implicación de los trabajadores en los intereses empresariales y por el sentimiento de pertenencia a la empresa.

La bondad (o al menos el carácter no pernicioso) del modelo empresarial de participación resulta también de la constatación práctica de su escasa repercusión en el estatuto individual del empleado (no conlleva una mejora sustancial de las condiciones de trabajo, con lo que no incrementa los costes laborales) o en el poder directivo y sancionador del empresario, y ello ni siquiera en el modelo de participación máxima (cogestión). Cabe pues sostener, con Uriarte, que a priori puede encajar sin mayor dificultad en los esquemas propios del mercado y en la relación clásica entre empresario y trabajador (de subordinación). Lo único que la participación —sobre todo la cogestión— cambia en la organización empresarial son las relaciones de poder (capital/elites sindicales), pues las decisiones unilateralmente impuestas dejan paso a las decisiones consensuadas. Se produce lo que Teubner llama «interiorización de conflictos externos», la empresa interioriza los intereses de los trabajadores (estabilidad en el empleo, por ejemplo) para dar legitimidad a sus decisiones, con lo que se evita su consideración como costes externos a minimizar, y los trabajadores, por su parte, sustituyen la presión como grupo por la coadyuvancia en los intereses de la empresa. Ahora bien, esta «doble lealtad» sólo será posible si existen sindicatos fuertes que puedan hacer

que efectivamente la empresa interiorice los intereses de los trabajadores (el neocorporativismo de los países del Norte de Europa), en caso contrario la participación puede convertirse en un simple «colaboracionismo» de los trabajadores, que limitan su capacidad de presión sin contraprestación.

Los argumentos expuestos sirven al Profesor Uriarte para sostener que la participación, incluso la cogestión, no tiene necesariamente que suponer una convulsión de nuestro sistema económico y de relaciones laborales. Una vez puesta de manifiesto esta realidad, derivada de un análisis certero del modelo de relaciones de trabajo, el paso siguiente es argumentar la viabilidad jurídica de la implantación legal de estas técnicas participativas en nuestro sistema. Y ello desde el punto de vista constitucional, así como desde la perspectiva, relativamente novedosa, de los derechos de información y consulta reconocidos en la normativa comunitaria. Según el autor, la *democracia económica* por la que él apuesta como desarrollo del art. 129.2 CE puede ser entendida sin mayor dificultad como una manifestación más de nuestro modelo de Estado, social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Además, con tal reconocimiento se haría efectivo el derecho público subjetivo que, a su entender, contiene el encargo hecho en el art. 9.2 CE a los poderes públicos para que promuevan la igualdad y faciliten la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y que no se limita a la participación política o electoral, que es la única que por el momento dispone de desarrollo legislativo, junto con la sindical. Ambas participaciones, política (art. 23) y sindical (art. 28), son manifestaciones particulares de un derecho genérico de participación, que alcanza a otros muchos ámbitos, entre ellos el laboral.

En concreto, en el ámbito laboral la participación de los trabajadores, más o menos directa, tiene tres contenidos constitucionalmente reconocidos: a) negociación colectiva (art. 37.1º); b) participación en la administración económica (art. 131); y, c) participación en la empresa (art. 129). El que interesa al autor es este último, en tanto que el primero es una participación más institucionalizada y específica (art. 37 CE, desarrollado por el Título II del Estatuto de los Trabajadores) y la participación en la administración económica, entendida en el sentido de intervención de los trabajadores en la planificación económica del Gobierno, es mucho más indirecta, al canalizarse mediante la concertación con los agentes sociales, y la incorporación de las grandes organizaciones sindicales y patronales a órganos consultivos como el Consejo Económico y Social.

Para delimitar el alcance de este último contenido (participación de los trabajadores en la empresa) debe hacerse una lectura completa e integral del art. 129.2 CE, que encomienda a los poderes públicos la promoción de las distintas formas de participación en la empresa (en las decisiones empresariales), pero también el fomento de las sociedades cooperativas, y la facilitación del acceso de los trabajadores a los medios de producción. El primero y el último son mandatos genéricos de participación en la empresa, el segundo es una encomienda específica para el diseño del estatuto jurídico de un tipo concreto de sociedad, la cooperativa, en la que se produce el máximo nivel de participación y cierta identificación entre el trabajo y el capital. En todo caso, la

referencia expresa al acceso de los trabajadores a los medios de producción sirve para delimitar las «diversas formas de participación» en la empresa que los poderes públicos deben promover, necesariamente distintas a la participación en el capital para la que funciona, como se ha dicho, un encargo separado.

Tampoco encajan en este mandado constitucional las otras dos formas de participación expuestas: en la política económica general, y la propia de los órganos de representación de los trabajadores, particularmente la negociación colectiva. Para explicar la exclusión de esta última, el Profesor Uriarte advierte que existen dos tipos de participación en la empresa, relacionados entre sí y en ocasiones solapados en el seno de un mismo órgano de representación, a saber: la participación conectada a lo que llama autonomía colectiva, regulada en los arts. 7, 28 y 37 CE, y la vinculada específicamente a la empresa, que deriva directamente del derecho genérico de participación, que dimana, a su vez, de la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1). El art. 129.2 CE se refiere, a su juicio, a un derecho de participación específico que abarca las distintas formas de intervención de los trabajadores en la *gestión de la empresa*, como un derecho de los trabajadores asalariados, distinto de los derechos de representación y del derecho a la negociación colectiva, sin perjuicio de que con frecuencia este derecho se encauce a través de los órganos de representación de los trabajadores.

En su plasmación legal, el derecho de participación puede adquirir formas y grados diversos. En primer lugar, en función de su intensidad: de menor a mayor, derechos de información (unidireccional del empresario a los trabajadores o sus representantes), de consulta (emisión de informes o apertura de una negociación, en todo caso, sin efecto vinculante para el empresario), y codecisión o veto (corresponsabilidad en la toma de ciertas decisiones). Y en segundo lugar, dependiendo del tipo de órgano en el que toman parte los trabajadores: unilateral (órganos de representación, en los que la participación de los trabajadores se confunde o diluye con la participación sindical, en estos casos existe una relación de poder/contrapoder, de los intereses de los trabajadores frente a los de los empresarios); o mixto (los representantes de intereses contrapuestos se integran en el mismo órgano, como el consejo de administración o consejo de vigilancia).

Tomando en consideración las singularidades de nuestro ordenamiento la participación probablemente se encauzaría por una doble vía: la participación en órganos unilaterales con derechos de información y/o consulta, y la intervención en órganos mixtos con derechos de codecisión o veto. La participación del primer tipo ha alcanzado un nivel importante en nuestro sistema, en parte por la influencia de la normativa comunitaria que insiste en el reconocimiento de estos derechos. Por el contrario, la del segundo tipo tiene a día de hoy en nuestro ordenamiento contadísimas manifestaciones, y es por la que apuesta el autor como desarrollo del art. 129.2 CE, argumentando al efecto que la normativa europea sobre participación de los trabajadores funcionan como mínimo y da al legislador español la oportunidad de una transposición a máximos, en el sentido de incorporar mecanismos de codecisión en las empresas. En todo caso, téngase en cuenta que probablemente cumplimos los mínimos impuestos, al

menos, en la Directiva general sobre participación de trabajadores, que obliga a los Estados a garantizar a los representantes de los trabajadores —elegidos en cada país según la normativa correspondiente— el acceso con antelación suficiente a la información relevante sobre las condiciones laborales, así como la apertura de períodos de consultas cuando el empresario pretende adoptar decisiones particularmente importantes que afectan a las condiciones de trabajo de los empleados y en especial aquellas que pueden conllevar la destrucción de empleo.

Además, la opción legislativa por este modelo de participación como desarrollo del art. 129.2 CE, en opinión del autor, no cercenaría ni la libertad de empresa ni el derecho a la propiedad del empresario, en tanto que este último no es un derecho absoluto sino que tiene límites externos ordinarios y también un límite interno específico, derivado de la función social que tiene atribuida la propiedad en las sociedades modernas. El autor utiliza para la construcción de esta tesis de no colisión de derechos los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional Federal alemán al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Cogestión o Codeterminación de 1976 (Sentencia de 1 de marzo de 1979), argumentos que considera plenamente extrapolables al supuesto español. Este tribunal advirtió en su día que aunque con carácter general la propiedad es un derecho vinculado a la libertad personal, esta prolongación de la personalidad no se produce en las sociedades anónimas, que además se sujetan a una regulación específica que no sólo determina su organización social sino también los derechos de los socios.

Pues bien, la cogestión, en palabras de aquel tribunal, no incide en la propiedad de las cuotas sociales sino en el régimen de toma de decisiones empresariales (por la entrada en los órganos societarios de miembros que no representan el capital) y para que tal incursión sea legítima basta con que concurren dos condiciones, que no puedan adoptarse decisiones contra la voluntad de los socios y que éstos no pierdan el control sobre la elección de la dirección de la empresa. De este modo, lo que sería inconstitucional, en Alemania y en España, sería la cogestión absolutamente paritaria, que atenta tanto contra el derecho de propiedad como contra la libertad de empresa, al neutralizar completamente el poder de decisión que por naturaleza corresponde al empresario. Pero no es este grado de participación el que se recoge en la Ley alemana de 1976, ni desde luego el que propone el autor.

Huelga señalar que esta propuesta de desarrollo del art. 129.2 CE, como el propio autor advierte en la parte final de la obra (reflexiones *de lege ferenda*), no es más que eso: una propuesta, desde la legalidad y la constitucionalidad que respaldaría una intervención normativa en este sentido, pero también desde la certeza de que la generalización de la cogestión en nuestro país es por el momento un hecho poco probable.—*Paz Menéndez Sebastián.*