

NOTICIAS DE LIBROS

CHRISTIAN STARCK (Hrsg.): *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, fundado por Hermann v. Mangoldt y continuado por Friedrich Klein, 4.^a edición, completamente reelaborada, 3 vols., Verlag Franz Vahlen, Munich, 1999, 2000, 2001 (2396, 2745 y 3144 páginas).

Transformado por entero, el venerable «Mangoldt-Klein» ha alcanzado su cuarta edición, en forma esta vez de tres sólidos volúmenes publicados a lo largo de los años 1999, 2000 y 2001 bajo la responsabilidad directa de Christian Starck. La obra pionera de Hermann v. Mangoldt de los primeros años cincuenta (1), proseguida por Friedrich Klein en una segunda y una tercera edición, no había conseguido desde su primera aparición volver a ser un comentario completo hasta esta edición que reseñamos. De una parte, la segunda edición, planteada como una nueva obra, sólo alcanzó hasta el artículo 91.b) (2); la tercera, más ambiciosa aún, sólo llegó a producir cuatro, no consecutivos, de los catorce volúmenes previstos (3). Cada una de las ediciones habidas hasta ahora se ha planteado pues como un «nuevo comienzo» (4), con la diferencia de que, esta vez, el comienzo ha quedado afortunadamente culminado, e incluso en los plazos previstos (5).

(1) «Das Bonner Grundgesetz», erl. v. Hermann v. Mangoldt. Vahlen, Berlin, 1953, XI, 702 págs.

(2) «Das Bonner Grundgesetz. Kommentar», begr. von Hermann v. Mangoldt. Fortgef. von Friedrich Klein. 2., neubearb. und verm. Aufl. Vahlen, München., Bd. 1, 1957, XX, 715 págs. Bd. 2, 1964, págs. 717-1860. 3. Bd. 1974, págs. 1861-2717.

(3) «Das Bonner Grundgesetz. Kommentar», Begr. von H.v.Mangoldt. Fortgef. von F. Klein. 3. vollst. Neubearb. Aufl. Vahlen, München., 1. Bd. Präambel, Artikel 1 bis 5, von Christian Starck. 1985, 670 págs. 6. Bd. Artikel 38 bis 49, von Norbert Achterberg und Martin Schulte. 1996, 426 págs. 8. Bd. Artikel 70 bis 75: die Gesetzgebungskompetenzen, von Christian Pestalozza. 1996, 1527 págs. 14. Bd. Artikel 136 bis 146, von Axel Frhr. v. Campenhausen. 1991, 369 págs.

(4) «Neuanfang», Christian Starck, prólogo al primer volumen, pág. VII.

(5) Cfr. las reseñas, con ocasión de la aparición del primero de los tres volúmenes, de ERNST BENDA: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2000 (núm. 129), págs. 520-521; y de HARTMUT MAURER: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2000 (núm. 31), págs. 2258-2259.

Cada vez que, desde aquí y por cualquier razón, se vuelve sobre el orden constitucional de la Ley Fundamental en su conjunto, se pone en evidencia la intensidad de la opción española por la comprensión alemana de la constitucionalidad. Con el transcurso de los años, lo que pudo nacer como una relación maternofilial (6), se ha convertido en una especie de «hermanamiento asimétrico» de las dos Constituciones. En todo caso, como la Constitución siempre pujante que es, las experiencias vitales de la *Grundgesetz* interesan al estudioso español.

Y sin duda una de las experiencias que puede sufrir una Constitución viva es su sometimiento al *escaneado* por parte de la doctrina, de una doctrina generacionalmente renovada, como es el caso de este, en definitiva, nuevo comentario de la *Grundgesetz*. En este contexto, el que además se trate de la primera edición subsiguiente a la reunificación y a «Maastricht» sólo viene a incrementar su oportunidad. En lo que sigue sólo cabe apuntar algunas observaciones, condicionadas por la coyuntura española.

El volumen primero forma una unidad en sí mismo, al estar dedicado a los derechos fundamentales (artículos 1 a 19), junto con el Preámbulo. Tal como había hecho en la tercera edición, Cristian Starck continúa reservándose el comentario del Preámbulo y de los cinco primeros artículos (7). Desde una perspectiva española, habrá que prestar atención en particular al pormenorizado estudio de la dignidad de la persona con el que se abre el comentario. El comentario del artículo 12.a) (servicio en las fuerzas armadas) no incorpora aún la reforma *impuesta* por el desenlace del caso Tanja Kreil (8). El derecho constitucional económico (propiedad privada y socialización de la propiedad, a cargo de O. Depenheuer, pone de manifiesto la evolución: Mientras el tratamiento del artículo 14 ocupa más de doscientas páginas (9) en las que se pone de manifiesto la riqueza de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho fundamental de la propiedad, el del artículo 15 evidencia el estado de abandono («Verfassungsfossil») de la cláusula de socialización de la propiedad (10). El para el estudioso español tan relevante artículo 19 cierra el primer volumen, con un imprescindible tratamiento de la garantía de contenido esencial (11). En fin, para el comentario de los principios *innombrados*, como es el caso del principio de proporcionalidad o el de protección de la confianza se hace inexcusable acudir al índice de materias.

(6) Me remito a «La recepción de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania», ahora también en P. CRUZ VILLALÓN: «La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución», Madrid, 1999, págs. 55-82.

(7) Págs. 1-760. Como ya había hecho en la tercera edición, en la que constituía el primero de los catorce volúmenes previstos.

(8) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2000 y reforma de la Ley fundamental de 19.12.2000: donde el inciso final del art. 12a.4 decía «En ningún caso pueden prestar servicio con las armas» ahora dice: «En ningún caso pueden ser obligadas a prestar servicio con las armas». Cfr. M.ª A. MARTÍN VIDA: «La reforma del art. 12.a) de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia "Kreil" del Tribunal de Justicia», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), 1 (2004), <http://www.ugr.es/ReDCE1>.

(9) Págs. 1629-1862.

(10) Págs. 1863-1884.

(11) PETER M. HUBER: Págs. 2204-2237.

La división, en cambio, entre los volúmenes segundo y tercero, es puramente práctica. El segundo volumen abarca los artículos 20 a 78, es decir, los títulos relativos a la Federación y los Länder, los órganos constitucionales federales y parte de la competencia legislativa de la federación. Para el volumen tercero ha quedado por consiguiente el resto, que resulta así el más heterogéneo de los tres, en buena medida como consecuencia de la propia estructura de la Ley Fundamental: el resto de la competencia legislativa federal, la ejecución de la legislación federal y la administración federal, el Poder Judicial (jurisdicción constitucional incluida), la «constitución financiera» y las numerosas disposiciones finales y transitorias, todo ello sin olvidar la reaparición de los derechos fundamentales en esta parte de la *Grundgesetz* (arts. 103 y 104, entre otros).

Para el lector español es decisivo el Título II («La Federación y los Länder», artículos 20 al 37). El 20 alemán tiene, como es sabido, mucho de «nuevo comienzo» del texto constitucional, como se evidencia en su contraste con nuestro artículo 1 C.E.; Kart-Peter Sommermann, una autoridad en nuestro Título I, ha asumido el comentario de este artículo a lo largo de casi doscientas páginas (12). Por su parte, el nuevo artículo 20a, que ha introducido en 1994 el derecho al medio ambiente, no ha podido recoger una primera modificación de este mismo artículo, a fin de dar entrada a las consideraciones de protección de los (derechos de los) animales (13). Claus Dieter Classen ha asumido el comentario del nuevo artículo 23, que contiene «las previsiones constitucionales fundamentales (14) en relación con la inserción de Alemania en la Unión Europea» (15), de evidente interés para el Derecho constitucional español en el tiempo que se avecina; el grueso del comentario corresponde como es lógico al apartado primero, que contiene los pronunciamientos básicos. El comentario del artículo 21.2 adquiere sentido renovado para nosotros tras la nueva legislación de partidos políticos. El último de los preceptos del título («ejecución federal»), otro de los *hermanos mayores* de la Constitución de 1978 es afortunadamente otro de los comentarios breves (16). Es de esperar que no seamos nosotros quienes nos estrenemos con una institución que la República Federal no ha necesitado poner en práctica.

El tratamiento de los órganos constitucionales federales tiene un interés más puntual desde la perspectiva española. El tratamiento del Tribunal Constitucional Federal seguirá siendo nuestro principal foco de atención (17), aparte algún precepto «hispanizado», como es el caso del artículo 67 («voto de censura constructivo») (18), donde se

(12) Págs. 1-183.

(13) ASTRID EPINEY: Págs. 184-244. La modificación de 26 de julio de 2002 introduce las palabras «los animales» en el texto del art. 20.a): «Como expresión de su responsabilidad ante las generaciones futuras, el estado protege los recursos naturales y *los animales* en el marco del orden constitucional...».

(14) Ver también el nuevo artículo 45: Comisión del Bundestag para asuntos comunitarios, págs. 1497-1506, y la nueva redacción del artículo 50, págs. 1641-1671.

(15) Págs. 426-514.

(16) TH. V. DANWITZ: Págs. 1196-1213.

(17) No sin cierta nostalgia se sigue leyendo el artículo 92: «El poder judicial queda confiado a los jueces; es ejercido por el Tribunal Constitucional, por los tribunales federales previstos en esta Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder».

pone de manifiesto en su escasa extensión la igualmente escasa actualidad del precepto, desde la lejana caída de Helmut Schmidt en 1982 (19). Pero también merece la pena asegurarse de las virtudes del Bundesrat (20) y, sobre todo, del sentido de una transformación en tal dirección de nuestro Senado.

El tercer y último volumen, tal como se ha señalado, abarca los artículos 79 a 146. De ello resulta que el volumen comienza igual que acaba, es decir, con la reforma de la Ley Fundamental; para ser exactos, la reforma está en el primero de los artículos, en tanto lo que está en el último es la sustitución de la Ley Fundamental por «una Constitución» libremente aprobada por el pueblo alemán. La respectiva importancia de ambos preceptos queda reflejada en su diferente tratamiento: Mientras el artículo 79, básicamente su apartado tercero, recibe 142 páginas, el enigmático artículo 146 apenas merece doce (21). El interés para nosotros, en nuestra actual coyuntura de reforma, se encuentra por supuesto en el primero (22): La Ley Fundamental ha podido llevar a cabo una media de una reforma por año de existencia (23), sin en ningún momento poner en cuestión su sustancia.

En resumen, si este nuevo comienzo del Mangoldt/Klein bajo la impronta de Starck tiene interés entre nosotros por sí mismo, es decir, como instrumento de conocimiento del orden de la *Grundgesetz*, mayor si cabe es su interés aquí en cuanto comentario de preceptos constitucionales que, de alguna manera, son también «españoles». Nuestro crónico déficit en comentarios del texto de 1978 se ve cuando menos paliado por la posibilidad, en no pocos casos, de echar mano de obras como la presente. No siempre, sin embargo, y en todo caso sólo paliado.—*Pedro Cruz Villalón*.

ANA M. CARMONA, CONTRERAS: *La conflictiva relación entre la libertad sindical y negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2000, 127 págs. ISBN: 84-309-3621-1.

El trabajo que nos ocupa se abre con un sugerente prólogo firmado por Jesús Cruz Villalón. Se afirma que es sugerente por un doble motivo. En primer lugar, porque se recuerda que los derechos fundamentales de carácter laboral son una muestra de la transición que vive el Estado constitucional (inmerso en el Estado social de Derecho y que toma en consideración la visión concreta del ciudadano —lo que se traduce en la *Dritt-wirkung* de algunos derechos fundamentales—) y que, al amparo de la jurisprudencia dictada a su abrigo, el Tribunal Constitucional ha ido delimitando algunas categorías básicas referidas a los derechos fundamentales (contenido esencial, contenido adicio-

(18) V. EPPING: Págs. 2048-2075.

(19) Cfr. E. MARTÍNEZ SEMPERE: *REDC*, 12 (1984), págs. 169-206.

(20) Artículos 50 a 53, a cargo de STEFAN KORIOH: Págs. 1641-1726.

(21) A. VON CAMPENHAUSEN: Págs. 3089-3100.

(22) K.-E. HAIN: Págs. 1-142.

(23) <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz>.

nal, alcance de la cláusula interpretativa contenida en el art. 10.2 CE, delimitación y límites de los derechos...). En segundo lugar, porque en él se expresa una abierta discrepancia con la autora, pronunciamiento que sirve, generalmente, para dignificar la obra prologada. Tal apartamiento se produce en relación con una de las ideas-guía del estudio que reseñamos, y que consiste en excluir del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE) del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). A juicio del prologuista, la negociación colectiva debe ser examinada partiendo de que afecta a la libertad sindical, con independencia de la correcta determinación del ámbito material de revisión por parte del Tribunal Constitucional en vía de amparo.

La propia Ana M. Carmona Contreras parte del entendimiento de que la libertad sindical es, en el marco de un Estado moderno, un derecho nodriza que aúna distintos derechos de acción (como pueden ser, en abstracto, la negociación colectiva o la huelga). En la Constitución española es preciso resaltar la importancia de las normas referidas al papel de los sindicatos, a la libertad sindical, al derecho de huelga, la negociación colectiva y las medidas de conflicto colectivo (arts. 7, 28.1, 28.2, 37.1 y 37.2 CE, respectivamente). Pero igual protagonismo presenta el Tribunal Constitucional, que con su jurisprudencia ha dado carta de naturaleza al movimiento sindical, postergado legislativamente. En este marco la autora pretende determinar cuáles son las relaciones existentes entre la libertad sindical y la negociación colectiva, partiendo de la idea de que la libertad sindical constituye una manifestación cualificada del derecho de asociación. Como es sabido, el movimiento asociativo de corte laboral sobrevive, en un primer momento, en un ambiente hostil (marcada aún por la impronta individualista propia del Estado liberal, y con ausencia de normas constitucionales y legales hasta bien entrado el siglo XIX). Nuestra Constitución vigente asume, finalmente, que la libertad sindical presenta un especial realce frente a la libertad de asociación empresarial, ya que es preciso reforzar la posición de los trabajadores y frente a otros colectivos (trabajadores autónomos, jubilados, pensionistas...) que no están formados por trabajadores asalariados (y funcionarios) al servicio de un empresario (o del Estado). La libertad sindical presenta así singularidades frente a expresiones cercanas del genérico derecho de asociación, que traen causa de sus destinatarios (además del Estado, el empresario) y del ámbito (empresarial) en que se desarrolla, y es un ejemplo paradigmático de derecho fundamental frente a otros particulares.

La libertad sindical presenta unos cimientos estáticos (referidos a los derechos de cada individuo a crear sindicatos, y afiliarse, o no, a alguno de los existentes) y otros dinámicos (que aluden al derecho colectivo de cada sindicato a organizarse —internamente, así como la decisión de establecer confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales— y acometer diversas actuaciones en defensa de los intereses de sus asociados). Aunque el art. 28.1 CE no se pronuncia sobre esta vertiente funcional, el Tribunal Constitucional hizo referencia tempranamente a la misma, aludiendo a todos los instrumentos de actuación lícitos (y muy especialmente, a la huelga, la negociación colectiva y los conflictos colectivos) apoyándose para ello en distintos Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante), así como en Resoluciones dictadas por el Comité de Libertad Sindical (asidero

éste que la autora encuentra cuestionable, puesto que las mismas carecen de valor vinculante desde un punto de vista estrictamente formal). Aunque el comportamiento del Tribunal Constitucional se justifica en el vacío constitucional (y legal, ya que la libertad sindical solamente fue regulada en 1985), así como en la escasa sensibilidad mostrada, en un primer momento, por el poder judicial (más proclive a las representaciones unitarias que a las sindicales), Ana Carmona cuestiona que se incluyan en la dimensión funcional de la libertad sindical una serie de medios de acción que presentan una individualidad constitucional propia (en los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 CE, respectivamente). La benéfica intención de favorecer la implantación de la libertad sindical ha provocado, a la postre, algunos efectos abiertamente negativos sobre la concepción constitucional de la libertad sindical y, de forma refleja, sobre los contornos del amparo constitucional previsto en la Constitución.

Comenzando por el último aspecto invocado, el Tribunal Constitucional estima que las lesiones en los derechos a la negociación colectiva y las medidas de conflicto colectivo que guardan una relación con la libertad sindical pueden ser invocadas en amparo al socaire de esta última. Esta premisa ha sido, sin embargo, matizada por el Alto Tribunal, con base a un criterio orgánico y otro material.

De un lado, se cuestiona si tales actuaciones que son consideradas integrantes de la libertad sindical pueden ser invocadas, además de por los representantes sindicales (secciones y delegados sindicales) por otras instancias representativas de los trabajadores (comités de empresa y delegados de personal) (amparadas directamente por el art. 37.1 CE). Aunque en un primer momento, el Tribunal Constitucional se limita a extender las facultades legales previstas para los órganos de representación unitaria a los sindicatos (STC 11/1981), a partir de la STC 118/1993 entroniza a estos, al amparo del art. 7 CE, entendiendo que la actuación de los comités de empresa y otros sujetos no sindicales no se inscribe en el art. 28.1 CE. Este criterio contrasta con el manejo respecto de los trabajadores individualmente considerados que, o bien formen parte de un órgano de representación unitaria, siempre que estén afiliados a algún sindicato (cfr. ATC 731/1986), o bien respecto de un acto que funcionalmente pueda ser calificado como sindical (STC 197/1990).

De otro lado, el Tribunal ha establecido qué cuestiones relacionadas con el derecho de negociación colectiva afectan a la libertad sindical (por ejemplo, derecho de acceso a la negociación y a tener una participación proporcionada en la misma) y qué otras no (por ejemplo, la impugnación del Convenio). En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional oscila entre dos interpretaciones (contradictorias entre sí). La primera parte de la idea de que el efecto lesivo para la libertad sindical se producirá solamente cuando el impedimento causado al sindicato, por su entidad y trascendencia, suponga una radical y arbitraria eliminación o desconocimiento de la autonomía colectiva que tenga su origen en una decisión claramente contraria a la Ley. Ahora bien, el Tribunal Constitucional solamente proyecta esta doctrina en el modelo de negociación colectiva plasmado en el Estatuto de los Trabajadores y que favorece, en exclusiva, a los sindicatos más representativos, lo que se aleja de la formulación abstracta contenida en la Constitución. Este enfoque se separa del adoptado en otros foros (cfr. *BverfGE* 20, 320 y *STEDH* de 27 de noviembre de 1975, caso sindicato belga de policía), y es criticable porque la Ley española privilegia los convenios de ámbito empresarial o supraempresarial, con eficacia

erga omnes, y en los que se configura como elemento nuclear el grado de representatividad de los sujetos sindicales. Se consagra, así, sin base constitucional expresa, una suerte de auténticas competencias, derechos-función de relevancia semipública y de ejercicio indeclinable en favor de los sindicatos más representativos (M.^a F. Fernández), facultades que, aunque dogmáticamente se sitúan en el contenido suplementario o adicional del derecho fundamental, han sido indebidamente garantizadas por el Tribunal Constitucional a través del amparo constitucional. A través de este cauce se confiere relevancia constitucional a cuestiones de estricta legalidad ordinaria. La autora estima más acertada la segunda perspectiva manejada por el Tribunal, que parte de la STC 108/1989. Asumiendo que la preponderancia conferida a los sindicatos más representativos es una decisión del legislador, el alto Tribunal solamente ejercerá su control cuando se produzca la virtual anulación de *toda posibilidad jurídica* de acudir a otros cauces negociadores o en el caso de que la obstaculización o negación de la capacidad negociadora tenga su origen en una práctica antisindical vedada en el art. 13 LOLS. Se formula, así, un control sustancial, ajeno a las facultades que la legislación atribuye a los sindicatos más representativos, y que deja la interpretación de la legislación social fuera del amparo constitucional. Ese enfoque no excluye que algunos supuestos de privación puntual de la capacidad negociadora de los sindicatos puedan ser fiscalizados por el Alto Tribunal, cuando la misma sea producto de una conducta antisindical. El art. 13 LOLS constituye una norma estructuralmente abierta y teleológicamente determinada (S. del Rey), que hace que sea preciso establecer en qué supuestos estamos ante una práctica antisindical (a título de ejemplo, no parece que tal conducta pueda derivarse de la negativa del empresario a reconocer a un sindicato como parte negociadora o a negociar un convenio sin causa justificada legal o convencionalmente establecida, pero sí se daría la misma si la negociación carece de todo contenido efectivo, si se excluyen materias que constituyen el mínimo indispensable del tipo de acuerdo que se discute o si se excluye de la negociación a los órganos de gestión del convenio...). El Tribunal ha entendido, igualmente, que el empresario no puede sortear la denuncia o modificación del convenio a través de la concertación directa de condiciones distintas con un alto número de trabajadores, sin que sea imposible excluir los efectos de las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas que surgen con el paso del tiempo... Este entendimiento no agota, por supuesto, el principio de autonomía de la voluntad individual del trabajador, que puede servir para desarrollar el convenio o versar sobre materias no previstas en el mismo.

La jurisprudencia constitucional relacionada con la libertad sindical es también cuestionable desde un punto de vista sustancial. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional incluye en el contenido esencial de la libertad sindical elementos que no vienen impuestos por la Constitución, sino por el legislador ordinario (como es el *status* constitucional conferido a los sindicatos más representativos), y que no se justifica por ninguno de los criterios adoptados por el Alto Tribunal para la determinación de contenido esencial de los derechos fundamentales (facultades inherentes y preservación de los intereses jurídicamente protegidos, ex STC 11/1981), siendo más coherente integrar en el mismo única y exclusivamente los medios de acción comunes a todos los sindicatos y que, además, carecen de un reconocimiento constitucional específico. En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional ignora la particularidad y la autonomía dogmática de los derechos fundamentales (huelga, negociación y conflicto colec-

tivo), al proyectarlos en la libertad sindical. Se ha dicho, gráficamente, que, con tal proceder, el Tribunal derriba una puerta ya abierta (F. Durán y F. Sáez) por la Constitución. La idea de que la negociación colectiva y la libertad sindical son derechos inseparables (contenida en la STC 73/1984) no se compadece con la opinión contenida en el Sexto Informe de la Comisión de Expertos de la OIT (1994) sobre la aplicación de los Convenios 87 y 98, e inspirarse, en este punto, en el Derecho alemán es peligroso, dado que el reconocimiento constitucional de la libertad sindical no se ha producido en los mismos términos. Frente a la parquedad del texto constitucional alemán, el español cuenta con una muy detallada regulación en los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 CE. No se discute que el Tribunal deba determinar el alcance de la dimensión funcional de la libertad sindical, tomando en cuenta tanto los instrumentos que, aunque forjados en el seno de la libertad sindical, hoy resultan desvinculados de aquélla como aquellos novedosos medios de acción que tiene su origen en la renovación experimentada por las relaciones laborales en la realidad contemporánea. Desde la primera perspectiva propuesta (tradicional), es evidente que la dinámica asociativa ha sido un elemento esencial de la libertad sindical, que se extiende a los derechos de huelga, negociación y conflicto colectivo. Pero junto a esos derechos surgen otros nuevos medios de acción específicos y concretos, directa y necesariamente vinculados con el hecho sindical, del que se contienen ejemplos en el art. 8.1 LOLS (derecho a constituir secciones sindicales, celebrar reuniones, recaudar cuotas, distribuir y recibir información sindical...). Los medios clásicos de acción sindical (huelga, negociación y conflicto colectivo) han encontrado, a juicio de Ana Carmona, una entidad jurídica propia, desgajándose técnicamente de la libertad sindical en sentido estricto y convirtiéndose en derechos sustantivos enmarcados en la genérica órbita laboral (pág. 110). La relación actual entre libertad sindical y negociación colectiva se configura, así, como círculos secantes, con zonas comunes de intersección y con espacios independientes y separados. Pero tales zonas comunes no forman parte de la libertad sindical, ya que de tal consideración se derivan perjuicios claros: (a) se niega la sustantividad a los derechos reconocidos en los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 CE; (b) se hace girar todo el debate en torno a los sindicatos; (c) la propia libertad sindical queda convertida en un cajón de sastre, carente de contornos precisos. Frente a esa visión borrosa de la libertad sindical, la autora propone que se incluya en su dimensión funcional aquellas actividades susceptibles de ser llevadas a cabo por los entes sindicales en los centros de trabajo, y sin las cuales la vertiente dinámica de la libertad sindical queda desnaturalizada. De esta forma, encontrarían acomodo en la libertad sindical cuestiones tales como el crédito de horas de los representantes sindicales, el derecho a informar acerca de actividades sindicales, el proselitismo sindical, el derecho a celebrar reuniones en el ámbito específicamente sindical o la indeclinable necesidad de reconocer a los sindicatos capacidad para articular estructuras organizativas estables en el interior de las empresas a través de las secciones sindicales.

Esta opción metodológica, que Ana Carmona defiende a ultranza, respetaría la autonomía de los derechos de huelga, negociación y conflicto colectivo, que han alcanzado hoy una sustantividad y especificidad propias respecto de la libertad sindical que abrigó, en el pasado, su alumbramiento. Serviría, además, para dejar extramuros del de-

recho fundamental elementos adicionales o suplementarios, que son producto de la libre discrecionalidad del legislador y cuya existencia no viene impuesta por la Constitución, como ocurre respecto de las prerrogativas reconocidas en favor de los sindicatos más representativos.

El libro reseñado es una buena muestra del hacer profesional de su autora. Estamos ante un trabajo serio de investigación, en el que se aporta una visión coherente y argumentada en torno a una cuestión propia del Derecho Constitucional (la configuración constitucional de la libertad sindical). El hecho de que el prologuista discrepe de la visión mantenida por Ana Carmona, o de que quien escribe estas dudas tenga dudas sobre su acierto (no deja de ser llamativo que se excluyan significativas facetas de la negociación colectiva del contenido esencial de la libertad sindical y se incluya en dicho ámbito el crédito de horas de los representantes sindicales), no resta un ápice de valor a la aportación doctrinal resumida en líneas anteriores. Aportación que confirma que su autora asume posiciones de riesgo, valiéndose para ello de una argumentación que solamente podría ser seriamente contrarrestada a través de una investigación que contara, cuando menos, con el rigor intelectual que se muestra en la presente.—*Francisco Javier Matia Portilla.*

FERNANDO REY MARTÍNEZ: *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo (La impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano)*, Universidad Externado de Colombia (serie de *Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, núm. 26), Bogotá, 2003, 127 páginas.

La aparición de esta obra brinda al lector no familiarizado con este tipo de reflexiones y agobiado a menudo por los apremiantes compromisos de una agenda fuera de control, una excelente ocasión para tomarse un respiro, relajarse y disfrutar a fondo con el viaje que Fernando Rey nos propone a uno de los momentos estelares de la historia del constitucionalismo, a los prolegómenos de la fascinante revolución norteamericana. Ciertamente, no estamos ante un riguroso estreno. Lo que ahora se nos ofrece es una nueva versión de un trabajo que ya se publicó en nuestro país como contribución al libro colectivo *La democracia constitucional. Estudios en homenaje a Francisco Rubio Llorente* (2002), y más recientemente en el *Kansas Journal of Law and Public Policy*, vol. 12 (2003): «The Religious Carácter of the American Constitution: Puritanism and Constitutionalism in the United States». Pero incluso el lector reincidente se ve atraído de nuevo desde la primera página por la persuasiva exposición del autor. Doy fe de ello.

Para empezar, creo que el título escogido es ya un acierto: el autor parafrasea el de la célebre obra de Max Weber sobre la estrecha relación entre la reforma protestante y el capitalismo, que vio la luz hace ahora un siglo. Se sigue la pista abierta por Weber, pero el foco se desplaza desde el campo del liberalismo económico al del liberalismo político. La influencia de la doctrina calvinista en la génesis del constitucionalismo en

general y más específicamente en la original configuración del norteamericano, que pronto se convirtió en una verdadera religión civil, ya fue apuntada por Tocqueville y por G. Jellinek en su *Teoría General del Estado*. Como otros muchos autores, repararon en la llamativa coincidencia, en el tiempo y en el espacio, de la afirmación del constitucionalismo y la expansión del calvinismo. Pero es una cuestión a la que no se ha prestado mucha atención entre nosotros. Por eso, es de agradecer que un colega con el rigor y el talento de Fernando Rey, deslumbrado seguramente por la magnitud del *filón encontrado* de manera más o menos fortuita, se haya ocupado de esta importante dimensión de la singular e intransferible experiencia constitucional norteamericana, de un factor que contribuyó de manera decisiva al alumbramiento de un sistema con unas señas de identidad muy acusadas.

F. Rey nos invita a seguir con él el rastro del calvinismo en ese largo proceso de gestación y a calibrar la influencia del movimiento congregacionalista en el hecho de que fueran precisamente las colonias inglesas de la costa este de Norteamérica el espacio geográfico en el que nació en un determinado momento la Constitución como una norma con un valor supralegal, en el que se impuso la idea de atribuir la máxima autoridad política a un documento escrito, una aportación inequívocamente norteamericana. Pues bien, entre las múltiples hipótesis que se han barajado a la hora de explicar esa circunstancia, merece una especial consideración el legado de la reforma protestante, que no en vano había sustituido como criterio supremo de veracidad moral la voluntad de un Papa infalible por la plasmada en un texto escrito, la Biblia. Frente a la tradicional teología medieval, el calvinismo proporcionó una antropología radicalmente individualista y poderosos argumentos para erosionar la autoridad del Papa y de la Iglesia, por un lado, y del Rey, por otro, al establecer el principio de que la salvación individual depende de la fe y los méritos acumulados por cada uno e instaurar una relación directa e inmediata, sin intermediarios, entre el individuo y Dios. De este modo, se reduce al mínimo la función tanto de la Iglesia como del Estado.

Ahí están, en buena medida, las raíces de la Constitución de 1787, que no surge por casualidad o en el vacío, sino que germina en ese peculiar *humus* que abonan y cultivan las sucesivas generaciones de colonos, de propietarios que se sienten libres y se reúnen para deliberar y tomar sus propias decisiones en las correspondientes asambleas. A miles de kilómetros de la metrópoli, las comunidades puritanas pudieron experimentar nuevas formas de organización política. La revolución norteamericana no se comprende bien sin ese aliento religioso, sin esa firme creencia en la condición providencial de pueblo elegido, de nuevo Israel. Del mismo modo que Dios había liberado a Israel de la esclavitud de Egipto y le había conducido hasta la Tierra Prometida, así Dios había traído a los puritanos ingleses a América. Aplicando la doctrina de la predestinación, los puritanos están convencidos de que tienen una misión que cumplir: salvar el mundo y establecer el reino de Dios en la Tierra. Una convicción que enlaza, por cierto, con algunos tópicos muy arraigados en la cultura política norteamericana (como la concepción maniquea en cuya virtud la potencia hegemónica se siente llamada a actuar como gendarme del mundo en defensa de la libertad y la democracia).

Hay pues una tradición constitucional de autogobierno anterior a la Declaración de

Independencia que encontró reflejo en una serie de documentos que encerraban un verdadero contrato social. En la teología calvinista del *Covenant* ya podemos encontrar, aunque sea de forma embrionaria, las claves de una teoría constitucional *made in USA* que acabará de perfilarse a finales del siglo XVII: del mismo modo que la comunidad religiosa se funda en la alianza bíblica entre Dios y su pueblo, también la comunidad política descansa en un pacto social (*covenant*) suscrito por todos sus miembros.

El autor se ve obligado a terciar en la polémica historiográfica, pero lo hace con ecuanimidad. Se apresura a aclarar que la tradición puritana y calvinista no es la única fuente del pensamiento constitucional en la fase fundacional de los Estados Unidos: hunde también sus raíces en la Ilustración (la escocesa, en particular) y en la tradición británica del *common law* (con Coke como principal precursor de la idea de supremacía constitucional). Pero sin infravalorar esas aportaciones, no cabe duda de que un ingrediente esencial del producto final es la herencia religiosa. No sólo le confiere su impronta original, sino también una gran coherencia y una envidiable estabilidad institucional, sin solución de continuidad.

Para entender la relación entre el incipiente constitucionalismo y el calvinismo en sus diversas manifestaciones a lo largo del siglo XVI, en Suiza (ginebrinos), Francia (hugonotes), Holanda (begardos), Inglaterra (puritanos), Escocia (presbiterianos) y en las colonias inglesas de Norteamérica, es preciso analizar, como hace F. Rey, la teología «federal» de Calvino, las distintas concepciones de los grupos organizados de calvinistas y las implicaciones políticas de esas concepciones. En cuanto al primer punto, parece haber acuerdo en que, a pesar de las veleidades aristocráticas de Calvino, sus seguidores adoptaron formas de gobierno representativas y defendieron siempre el derecho de resistencia frente al tirano y la opresión. En su concepción federal, la alianza (*covenant*) entre Dios y su pueblo ocupa un lugar central. Un *covenant* es un pacto de salvación formalizado con palabras solemnes cuyo contenido son mutuas promesas y obligaciones entre las partes. A través del Derecho escrito, el Dios legislador revela expresamente su voluntad, muestra el camino a los fieles.

En relación con el papel jugado por las diversas corrientes del calvinismo, el autor sostiene que la principal influencia sobre el constitucionalismo norteamericano procede del calvinismo de inspiración congregacionista, que fue llevado allí (las primeras expediciones tienen lugar en la segunda mitad del siglo XVI, pero el gran éxodo comienza en 1620, con la epopeya de los Peregrinos del Mayflower como episodio más conocido) por los puritanos ingleses perseguidos en su país por sus críticas a la ortodoxia anglicana. El calvinismo se dividió, incluso antes de la muerte de Calvino en 1564, en dos ramas: los presbiterianos, partidarios de que los clérigos asumieran el liderazgo de las comunidades y de cierta centralización organizativa (e incluso de una Iglesia de Estado, como la establecida por Calvino en Ginebra), y los congregacionistas, defensores de la autonomía de las comunidades, de la abolición del episcopado, de ceremonias sin boato litúrgico y de un sistema de gobierno más democrático.

Una vez examinada la construcción teológica de Calvino, F. Rey estudia detenidamente la influencia de esa doctrina (y de su aplicación en la praxis eclesial) en el proceso de incubación de cada una de las grandes conquistas de la revolución norteameri-

cana. En primer lugar, en la idea de una Constitución como *lex fundamental* y norma escrita, como «biblia política» (T. Paine) a la que los ciudadanos han de someterse, en lugar de rendir incondicional obediencia a una autoridad (monarca o Papa). Es evidente el paralelismo con la función de la Biblia en el plano religioso. El constitucionalismo norteamericano es el primer constitucionalismo escrito (si exceptuamos el breve paréntesis del *Instrument of Government* de Cromwell, también de inspiración puritana). La experiencia colonial se distingue justamente por la abundante legislación escrita en detrimento de otras fuentes como la costumbre y viene marcada por la existencia de varios tipos de documentos.

Por un lado, los *covenants* religiosos y los *compacts* políticos (*covenants* secularizados), que son los instrumentos de los que se sirven los inmigrantes puritanos (y de otras sectas disidentes) para fundar y organizar sus comunidades a finales del siglo xvi e inicios del xvii. Resultan sorprendentes las similitudes entre estos documentos y las primeras Constituciones de los Estados. A su dimensión religiosa (se inspiran en la idea, muy presente en el Antiguo Testamento, de una alianza perpetua entre Dios y el pueblo elegido, al que se prometía la salvación eterna y la felicidad si cumplía fielmente los mandatos del Señor), se une una dimensión social y política. Mediante ese pacto se funda (se constituye) sobre la base del libre consentimiento no sólo una congregación, sino también una comunidad política con un rudimentario sistema de gobierno asambleario. Sirva de ejemplo el famoso Mayflower Compact (1620), un genuino contrato social: «solemne y mutuamente acordamos, en presencia de Dios y entre nosotros, unirnos en un cuerpo político civil para nuestro mejor orden, preservación y consecución de nuestras finalidades».

Pero, como muy bien señala el autor, no fue menos determinante la influencia de las *charters* otorgadas por el monarca inglés, como el Pilgrim Code, aprobado en 1636 en la colonia de New Plymouth (para algunos, la primera Constitución de América: bastaría sustituir *The King* por *The People*), a la que seguirían después otras como las Fundamental Orders of Connecticut (1639). Y es que los colonos quisieron fundar su autoridad en una doble legitimidad: la de ellos mismos a través del *compact* y la propia de unos súbditos del Rey de Inglaterra. No podemos olvidar que el objetivo básico de la colonización inglesa fue la rentabilidad económica y para conseguir ese objetivo el monarca encargaba a aventureros particulares (compañías mercantiles o Lords propietarios) el establecimiento de colonias, de asentamientos permanentes en territorios no habitados o inexplorados, garantizándoles, por medio de las *charters*, títulos exclusivos sobre las tierras y una amplia esfera de inmunidad y autogobierno. Fue una colonización promovida en gran medida por la iniciativa privada. La Corona no quiso implicarse directamente como agente colonizador, porque no disponía del dinero necesario para financiar una operación de tanta envergadura. Estas *charters*, nos explica F. Rey, eran de tres tipos: *corporate charter*, en colonias bajo el control de compañías mercantiles con las que el Rey suscribía una especie de contrato; *proprietary charter*, que consisten en una concesión de tierras a propietarios individuales, como las colonias de Maryland, Maine o Pennsylvania: se les otorgan determinados privilegios e inmunidades, incluyendo la potestad jurisdiccional, el reparto de tierras, la designación de ofi-

ciales o la organización de la milicia (el único límite al poder del propietario era la asamblea legislativa, formada por todos los hombres libres), a cambio de lo cual debían proteger la colonia, guardar fidelidad a la Corona y entregar a ésta una pequeña parte de sus beneficios; y *Royal Charter*, para aquellas colonias que, como Virginia, New York o Massachussets, dependían directamente de la Corona. El autor se hace eco de la opinión de Lutz, para quien las primeras Constituciones (las de Virginia, Pennsylvania o Carolina del Norte) son el resultado de la combinación de *compact* y *charters*: son documentos fundacionales que constituyen un pueblo, pero también esbozan una forma de gobierno. El *compact* se plasmaría en el preámbulo y en el *Bill of Rights*, y la *Charter* en el *frame of government*.

Lo cierto es que se crearon hábitos de autogobierno, los colonos se acostumbraron a resolver por sí mismos sus asuntos, en asambleas locales que fueron incrementando paulatinamente sus competencias, aunque sus decisiones estaban sujetas aún al veto del gobernador y no podían contravenir las leyes inglesas. El germen del autogobierno ya se había inoculado en la organización política de las colonias. Y también la idea de contrato (primero, entre los colonos y el Rey; luego, entre los colonos y sus propias instituciones o autoridades libremente elegidas). La revolución se desencadenaría justamente por un supuesto incumplimiento contractual. El período colonial tuvo dos etapas bien definidas. Una primera, desde el primer asentamiento (1607) hasta 1691, fase en la que arraigaron sólidos fórmulas de autogobierno, y una segunda, a partir de la creación del *Board of Trade* en 1696, con la misión de hacer rentables las colonias para la metrópoli, hasta la declaración de independencia de 1776, en la que la presión de la administración imperial se hizo más agobiante. Los colonos no aceptaron una *reformatio in peius* de la autonomía política que venían disfrutando.

En segundo lugar, se analiza la aportación del calvinismo a la idea de un gobierno limitado y representativo (consentido). La influencia del modelo de gobierno descentralizado y representativo ensayado en las comunidades de corte congregacionista (que se funda en el principio del sacerdocio universal de los creyentes) en la configuración de las instituciones civiles democráticas ha sido destacada por una abundante literatura. El calvinismo se caracteriza por cultivar una fuerte sospecha hacia el poder, civil o religioso, y por una praxis democrática. Las autoridades políticas y religiosas eran elegidas por los ciudadanos. Los puritanos tenían muy claro que el poder tiende a cometer abusos y cae frecuentemente en la tentación de la corrupción o la tiranía. Para conjurar ese peligro, es preciso establecer límites al ejercicio de la autoridad. El poder político pertenece al pueblo, pero debe ser limitado, como el religioso. De ahí la insistencia en la limitación temporal de los mandatos, que posibilitaba la rotación periódica en los cargos, la difusión del poder, en claro contraste con la perpetuidad del Papado o la Monarquía. Y en la aprobación de códigos para garantizar la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos (un gobierno de leyes y no de hombres).

En tercer lugar, la indagación se centra en la impronta calvinista del federalismo, un sistema que se inspira, según parece, en la lectura que los puritanos hacen de la alianza del Antiguo Testamento entre las distintas tribus de Israel y Dios. Las *Fundamental Orders of Connecticut*, por ejemplo, dibujaban un sistema federal, con un go-

bierno común que preservaba la autonomía de las ciudades y condados y sus respectivas identidades. El término *federalismo* no se había acuñado aún, pero el concepto era el mismo y se hablaba ya de *federal liberty*, como libertad de los socios de un pacto para actuar con arreglo a los principios incorporados en el mismo.

Finalmente, se dedica un apartado a los derechos civiles. Como advirtió en su momento Jellinek, estos derechos tendrían su origen en el pensamiento calvinista y puritano y en su enérgica defensa de la libertad religiosa. A su juicio, entre las declaraciones americanas, que se sitúan por encima del legislador ordinario, y las leyes británicas que reconocían libertades había un abismo. Lo que triunfa al otro lado del Atlántico es la idea de que toda comunidad es el resultado de un contrato social entre hombres originariamente soberanos, un contrato que en las colonias dejó de ser una simple metáfora para hacerse realidad. La mayoría de los derechos reconocidos en el *Bill of Rights* de la Constitución federal (1791) ya figuraban en las Constituciones de los Estados. Y éstos procedían no tanto de la tradición del *common law* británico, como de los *Bills* aprobados por los colonos, mucho antes de que Locke publicase su obra.

Cabe mencionar entre todas estas declaraciones escritas aprobadas por los representantes de los colonos la *Maryland Act for the Liberties of the People* (1639), que responde como las demás al principio de que los colonos gozan de los mismos derechos que los nacidos en Inglaterra. Pero pronto se supera este umbral mínimo con el temprano reconocimiento (a mediados del siglo xvii) de un amplio catálogo de derechos, que se atribuyen también a las mujeres, los siervos, los niños, los extranjeros, destacando el énfasis en la garantía de la libertad religiosa. Especial interés como antecedente tiene, por su antigüedad (muy anterior al *Bill of Rights* inglés de 1689) y su detallada tabla de derechos, el *Massachussets Body of Liberties* (1641), redactado por un pastor puritano. Regula minuciosamente los procedimientos y las garantías judiciales y recoge muchos de los derechos que luego se proclamarán en el *Bill of Rights* federal: derecho de propiedad, libertad de expresión, habeas corpus, prohibición de la tortura y de los castigos crueles e inhumanos, protección de la vida, la libertad y la propiedad, de las que uno no puede verse privado sin el *due process of law*, la *equal protection of laws*, la prohibición de los monopolios o de la prisión por deudas, etc. No menos interés encierra el *Pennsylvania Frame of Government* (1682), un texto elaborado por el cuáquero *W. Penn*, que ejerció una gran influencia y puede considerarse como un antecedente de las constituciones contemporáneas. En su primera parte se organizan y regulan los poderes y en la segunda se recoge un *Bill of Rights*. Además, incluye por primera vez una cláusula de reforma. Destacan las garantías judiciales, como los derechos de defensa, a un juicio por jurados, a no ser condenado sin pruebas suficientes y a una justicia rápida y comprensible.

Ni que decir tiene, siendo el autor quien es, que esta reconstrucción histórica, cuidadosamente hilvanada, sobre las más significativas aportaciones del calvinismo al espíritu y la letra de la Constitución está escrita con un estilo impecable y se apoya en un aparato bibliográfico exhaustivo. No puedo concluir, por tanto, sin recomendar antes, muy vivamente, la lectura de este libro. No se arrepentirán.—*Juan María Bilbao Ubiellos*.

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO: *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Zaragoza, Colección Estudios Constitucionales, 2003, 620 págs.

La conocida especialista en el estudio de la igualdad jurídica entre mujeres y hombres, María Elósegui, profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza y directora de la prestigiosa publicación *Aequalitas. Revista Jurídica para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* (editada por el Instituto Aragonés de la Mujer y por la Universidad de Zaragoza), presenta una obra que podría calificarse de madurez y de lectura necesaria para todos aquellos que se aproximen a tan compleja (a pesar de su engañosa simplicidad) como importante cuestión social. Aunque no oculte su intención de poner en valor el postulado constitucional de la igualdad real a favor de las mujeres, se trata de un texto jurídico riguroso y profundo (lo cual es de agradecer en el contexto de tanta literatura sobre la materia groseramente apologética y/o «catequética»), escrito entre España y Alemania, donde la autora ha tenido la fortuna de recibir el magisterio del profesor Robert Alexy durante largas temporadas. Los análisis que se traen de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia alemanas constituyen una novedad en el panorama de estudios que sobre esta cuestión se vienen haciendo entre nosotros (donde es más conocido el influyente Derecho norteamericano).

La obra alberga, en realidad, diversos trabajos más o menos unidos entre sí. Hay varios libros en uno. Como en la Rayuela de Cortázar, el lector casi puede elegir el capítulo por el que desea empezar. El libro contiene un potente análisis conceptual de la igualdad y la prohibición de discriminación, pero también un profundo análisis de esta cuestión en el Derecho Comunitario (particularmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las acciones positivas), y en el Derecho alemán (aquí tanto en el orden constitucional como en el legal/laboral), y todo ello, además, acompañado permanentemente de una comparación con la situación española, que incluye propuestas de reforma concretas. La bibliografía es simplemente apabullante, porque incorpora no sólo artículos y monografías, sino también documentos comunitarios, leyes y sentencias alemanas, páginas web y fuentes estadísticas, etc. Aunque está bien escrita, el carácter proteico y enciclopédico de la obra (de más de seiscientas páginas) plantea algún que otro problema para su lectura. En cualquier caso, a mi juicio, el título hubiera sido más preciso si hubiera omitido la referencia a las oportunidades «laborales» entre mujeres y hombres porque, aunque el ámbito laboral constituye un asunto transversal y de constante referencia, el texto ofrece más cosas. También creo que las conclusiones de todo el libro (págs. 487 y sigs.) hubieran estado sistemáticamente mejor ubicadas como capítulo propio y no en el tramo final del capítulo noveno en el que se encuentran.

Concretamente, el lector puede encontrar en el texto tres materias nucleares: 1.ª) La interpretación de la autora de la igualdad jurídica entre mujeres y hombres. 2.ª) La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea y, en ese punto, el análisis más exhaustivo que se ha hecho hasta el momento entre nosotros de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las acciones positivas, es decir, los famosos casos Kalanke, Marschall, Badeck, Schnorbus y Abrahamsson. 3.ª) La cues-

tión en Alemania, que comprendería el asunto dogmático de las cuotas para mujeres y la teoría de los principios de Robert Alexy, la reforma del art. 3.2 de la Ley Fundamental de Bonn, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la legislación sobre conciliación entre vida familiar y laboral y el análisis estadístico de la situación laboral de la mujer (en estos dos últimos asuntos, el estudio traza una comparación con la legislación y la realidad españolas e incluye también diversas propuestas de mejora). Por ello el libro tiene interés no sólo para el teórico sino también para todas las personas (cada vez más numerosas) que trabajan como profesionales o voluntarias en este campo.

Es muy difícil resumir en breves líneas el libro. Mencionaré sólo algunas de las ideas que me han llamado más la atención. La autora recuerda su conocida teoría sobre los tres modelos jurídicos de relación varón/mujer: dependencia de la mujer hacia el hombre, independencia/equiparación asimilacionista e interdependencia/corresponsabilidad. Ella se inclina por este último modelo de «igualdad en la diferencia» (que es también el que más me convence —por cierto, ¿es semejante al «feminismo de la dignidad» del que habla Mary Ann Glendon?). Otro asunto significativo es la catalogación que hace María Elósegui de las cuotas alemanas enjuiciadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión de «mero mecanismo de tutela antidiscriminatoria» y no tanto de un instrumento de acción positiva. A su juicio, se trataría de «un mero paliativo de una discriminación indirecta habitual y muy arraigada en el mercado laboral» (el correctivo de una discriminación «oficiosa», según la expresión empleada por M. Rodríguez-Piñero). A mí me sigue pareciendo que son discriminaciones positivas, problemáticas desde el punto de vista conceptual, aunque cada vez más tiendo a pensar que las discriminaciones positivas son sólo aquellos tratos jurídicos diferenciados por razón del sexo que, junto a una ventaja concedida a las mujeres como grupo social infrarrepresentado en algún ámbito social (en esto coinciden con las acciones positivas), provocan, simétricamente, un trato jurídico diferente y peor a un concreto varón o varios sólo por su sexo. En todo caso, comparto sin reversas con María Elósegui la tesis de la validez jurídica de las cuotas en el acceso y promoción en el empleo público siempre que incorporen una cláusula abierta (*Öffnungsklausel*), que asegure que las mujeres no gozarán de preferencia si concurren en la persona del candidato masculino motivos que permitan inclinar la balanza a su favor finalmente (doctrina Marschall). Sólo de este modo se evitaría la inconstitucional clasificación *over-inclusive* y la discriminación directa por razón de sexo a una «inocente víctima masculina». Cuestión distinta es la oportunidad, eficacia o rendimiento de medidas de este tipo. Me parecen de sumo interés muchas otras conclusiones del estudio, como la idea de que «hablar de las acciones positivas como compensatorias desfigura la realidad», ya que «no hay que compensar nada, sino simplemente hacer justicia en el presente». O, por supuesto, la tesis central de que «la legislación comunitaria y constitucional se ha preocupado de la igualdad de oportunidades de la mujer en el ámbito laboral, pero no se ha ocupado, en paralelo, de hacer una política jurídica que contemple la igualdad real, en el reparto de las tareas domésticas, que permita realmente la armonización de la vida laboral y familiar». En suma, pues, estamos en presencia de una obra de referencia en la materia.—*Fernando Rey Martínez.*

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN: *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2003. 185 págs.

En el marco de una investigación sobre el Derecho funcional autónomo del Tribunal Constitucional, Patricia Rodríguez-Patrón se topó con la distinción alemana entre «*innere Geschäftsordnung*» y «*äussere Geschäftsordnung*». Mientras que la primera expresión designa la ordenación interna del funcionamiento contenida en una norma que ostenta formalmente el nombre de *Geschäftsordnung*, la segunda hace referencia a la ordenación del funcionamiento externo o jurisdiccional del órgano. Mientras que la primera materia es normativa, la segunda actividad tiene naturaleza jurisdiccional. A través de esta última vía, el Tribunal Constitucional Federal alemán incide también en reglas procesales, relacionadas con diversas cuestiones (legitimación, objeto del proceso, determinación de los efectos de las sentencias, etc...).

La autora parte del concepto, igualmente acuñado en la doctrina alemana, de *autonomía procesal* del Tribunal Constitucional, que trae causa del carácter fragmentario de las normas procesales y de la insuficiencia de los métodos tradicionales de integración jurisdiccional del Derecho respecto de las especialidades de los procesos constitucionales. Esta facultad es visible, en primer lugar, cuando el Tribunal Constitucional interpreta de una determinada manera los preceptos de la Ley que regulan su funcionamiento, como ha ocurrido con los poderes de ejecución (art. 35 LOTF), cuyo particular entendimiento le ha permitido prescindir de determinadas garantías contenidas en las leyes de los *Länder* o de las normas competenciales incluidas en la propia Constitución y dictar pronunciamientos en los que se pide un comportamiento al legislador, o se le imponen regulaciones positivas. También puede apreciarse, en segundo lugar, una configuración procesal autónoma conectada con el objeto del proceso, lo que le ha llevado, por ejemplo, a resituar en muchas ocasiones el alcance del recurso del que tiene que conocer, alterando a menudo el *petitum* solicitado por el demandante. Este activismo se ha mostrado, igualmente, en otras materias (la anulación de otros preceptos no cuestionados en el recurso, o las reglas sobre el desistimiento...).

Si la tarea de describir la noción de *autonomía procesal* no resulta fácil, es labor más compleja dar cuenta de las discrepancias doctrinales que la misma ha originado. Mientras que algunos autores consideran que la única facultad que el Tribunal Constitucional tiene respecto de la integración de su Derecho procesal deriva, simplemente, de la interpretación del Derecho positivo, en el margen de indeterminación normativa querido por el legislador, otros mantienen que estamos ante una especialidad que beneficia al Alto Tribunal en relación con los tribunales ordinarios, al menos en lo que toca a la tolerancia de que se aceptan sus interpretaciones. Este es el motivo por el que, con independencia de que se acepte el acierto de la expresión *autonomía procesal*, interesa examinar más detenidamente las decisiones que el Tribunal Constitucional (ya español) ha tomado en relación con las normas procesales (también, por supuesto, respecto de normas sustantivas, aunque su análisis supera las pretensiones del trabajo reseñado). Al menos, desde esta perspectiva, la noción *autonomía procesal* puede seguir siendo útil, en cuanto describe el fenómeno previsto.

El estudio propuesto puede abordarse recordando la distinción entre procedimiento (como medio que permite al sujeto cumplir con los fines que se le asignan) y proceso (entendido como traslación de una cuestión sustancial, cual es la defensa de las posiciones subjetivas —acción y defensa—).

Hay diversos Acuerdos reglamentarios del Tribunal Constitucional que desarrollan algunos aspectos de determinados procesos constitucionales. Esto ocurre con el relativo a los denominados amparos electorales, que complementa y, en ocasiones, desarrolla la normativa contenida en la LOTC y en la LOREG, o con el Acuerdo referido a la asistencia jurídica gratuita en el amparo constitucional. En otros casos, el Tribunal opta por desarrollar una tarea similar a través del *usus fori*; esto es, la interpretación e integración al hilo de la resolución de casos concretos. Así por ejemplo, pese al tenor literal del art. 89 LOTC, el Tribunal espera que el recurrente aporte la documentación que demuestra sus aseveraciones, o permite que se realicen alegaciones de las partes antes de pronunciarse sobre la ratificación o alzamiento de la suspensión (arts. 161.2 CE y 77 LOTC). En ocasiones, el Tribunal delimita (interpreta) las normas que regulan los distintos procedimientos, y en otras cubre las lagunas normativas existentes. Una y otra actuación puede relacionarse con los propios reglamentos aprobados por el Tribunal Constitucional (véase el relevante ATC 138/2001, que niega carácter supletorio al art. 135.1 LEC2000, y permite la presentación de escritos de vencimiento a él dirigidos en el Juzgado de Guardia).

El Tribunal Constitucional también ha contribuido a la configuración de su Derecho procesal en aspectos relacionados con las pretensiones que pretenden hacerse valer frente a él. Así, ha especificado a quiénes corresponde la legitimación activa en el amparo, ha conocido de lesiones que tuvieron su origen en actuaciones de particulares y que no fueron reparadas en sede judicial, ha revisado la ponderación realizada por órganos judiciales, y ha aclarado el sentido del carácter subsidiario que caracteriza a dicho recurso. También se ha pronunciado sobre el alcance y significado de la suspensión prevista en el art. 77 LOTC, interpretando el plazo de cinco meses allí previsto, o acerca de los criterios para mantener o levantar la suspensión. Todas estas actuaciones permiten cuestionarse si el Tribunal Constitucional cuenta con *autonomía* para configurar jurisdiccionalmente su proceso. De la experiencia se deduce que sí, pero, ¿con qué límites? Para responder a tal interrogante es conveniente separar dos supuestos: aquellos en los que dicha autonomía viene «especialmente delegada por la Ley» de aquellos otros directamente conectados con el objeto del proceso.

En el marco del primer grupo pueden citarse las decisiones que han modulado los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, relativizando el alcance de los arts. 39.1 y 40.1 LOTC (*cfr.* SSTC 45/1989), rompiendo en ocasiones el binomio inconstitucionalidad-nulidad (por basarse en las carencias del precepto impugnado, o dando a éste un sentido concreto, o a través de las sentencias manipulativas o aditivas; rechazando el carácter básico u orgánico de la disposición legal estatal de contraste, o fijando una nulidad diferida en el tiempo, o a través de sentencias interpretativas), o modulando en otros casos los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad (cuando ha estado en juego la devolución de cantidades dinerarias ingresadas o respecto de determinadas le-

yes procesales). En otras ocasiones, el Tribunal ha mantenido un particular entendimiento de los arts. 66, declarando la inconstitucionalidad del acto o la disposición impugnados, pero no su nulidad (SSTC 75/1989/5, 59/1995/7; 186/1999, etc...) o 79.4.b) LOTC, que ha sido interpretado en el sentido de permitir al Tribunal que realice recomendaciones al legislador (STC 53/1985/12).

En otros casos, la configuración procesal autónoma se ha referido al objeto del proceso. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el ATC 232/1982, en el que establece la admisibilidad de una solicitud de ejecución de sentencia en la que se pretende la anulación de una norma distinta a la declarada inconstitucional y nula en el proceso declarativo, pero que supone una vulneración del mismo derecho fundamental, o en el ATC 120/1983, en el que se admite un recurso previo de inconstitucionalidad frente a leyes ya publicadas (cuya vigencia, además, suspende) o, finalmente, extendiendo el objeto de control a preceptos de una norma legal distinta de la impugnada (ya sea declarando inconstitucional la reproducción de un precepto en un texto refundido —STC 194/2000/11— o examinando preventivamente si una norma estatal puede ser calificada como *básica*, antes de enjuiciar la validez de la norma autonómica impugnada —STC 156/1995—).

Las siguientes páginas, que engloban el capítulo sexto del libro reseñado, se dedican al análisis de la justificación de la configuración jurisdiccional *autónoma* del proceso constitucional llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. La doctrina alemana ha explicado el fenómeno de diversas maneras. Algunas de estas opiniones son endebles (como son la existencia de lagunas conscientes en la Ley que le atribuyen un margen de actuación, o la —limitada— habilitación legal conferida al Tribunal para resolver las incidencias de la ejecución ex art. 35 LTCF). Mayor interés confiere la autora a la idea de que el Derecho procesal constitucional es especial (Häberle), como lo es también el propio Tribunal Constitucional Federal (Engelmann). Aunque estas hipótesis han sido criticadas, por desgajar el Derecho procesal constitucional del Derecho procesal general, son convincentes para la autora, ya que estamos en presencia de un órgano constitucional dotado de relevantes funciones (vid. STC 209/1987), y parece razonable entender que la mentada autonomía es una garantía de su independencia funcional.

Es discutible determinar si estamos ante una facultad de carácter cuasilegislativo o que se articula a través del *usus fori*. La primera visión acerca de la naturaleza de la *autonomía procesal* del Tribunal Constitucional se fundamenta en que la misma hace posible que el Tribunal se pronuncie respecto de cuestiones de oportunidad que surjan al hilo de casos concretos (de ahí el término de naturaleza cuasilegislativa, aunque tal facultad no tenga una dimensión normativa). La segunda hace especial hincapié en la facultad del tribunal de fijar los principios de los procedimientos constitucionales, aunque en ocasiones con gran margen de actuación (como demuestra el hecho de explicar de forma motivada los acuerdos por los que se acuerda la inadmisión de una demanda de amparo a través de una providencia). Aunque el Tribunal Constitucional español está habilitado a dictar reglamentos relacionados con su proceso (Acuerdos), en ocasiones opta, como ya hemos visto, por dar muestras de su *autonomía procesal* en las propias resoluciones que dicta. Ambas formas de delimitar el proceso presentan evidentes diferencias (sobre el objeto, ya que mientras que los reglamentos solamente pueden recaer sobre cuestiones procedimentales, la *autonomía procesal* alcanza otras ma-

terias; sobre el órgano que las impulsa y puede modificarlas —Pleno gubernativo vs. órganos del Tribunal Constitucional que ejercen funciones jurisdiccionales; sobre la forma de adopción —acuerdo vs. resolución judicial—, pero la más importante es que la segunda de ellas integra un modo de creación de Derecho procesal constitucional (pág.141), que contribuye a delimitar el ámbito funcional del Tribunal frente a los demás órganos constitucionales (especialmente, frente al legislador).

En todo caso, la *autonomía procesal* del Tribunal Constitucional no es ilimitada. Debe respetar el principio de división de poderes, sin que pueda servir ni para ampliar sus competencias ni para alterar las condiciones para el ejercicio de las acciones constitucionalmente previstas [arts. 161.1.d) y 165 CE] ni para desconocer los mandatos contenidos en la LOTC o en las correspondientes normas supletorias (cfr. art. 80 LOTC) —cuestión distinta es que éstas deban adecuarse a la singularidad de los procesos constitucionales—. También opera como límite la *vertiente material del Estado de Derecho* (que impone la interdicción de la arbitrariedad procesal, lo que supone que la motivación procesal utilizada por el Tribunal debe presumirse aplicable, en principio, a procesos similares sucesivos. Si así no fuera, sobre el órgano pesa la carga de argumentar el cambio jurisprudencial. Por su parte, el principio de seguridad jurídica impone que el Tribunal deba tratar de rellenar las lagunas acudiendo, en primer lugar, a los métodos jurisdiccionales convencionales de integración. Finalmente, la *autonomía procesal* debe servir a las funciones que el Tribunal Constitucional está llamado a ejercer. Ahora bien, que la *autonomía procesal* sea limitada no supone que sea fácilmente fiscalizable, debiendo articularse a través de la propia prudencia del Tribunal Constitucional (principio *self-restraint*), aunque pueda verse afectada por el legislador o, en su caso, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Patricia Rodríguez-Patrón realiza algunas propuestas sobre la racionalización de la *autonomía procesal* del Tribunal Constitucional dirigidas, sobre todo, al legislador, ya sea para conferir cobertura jurídica a la labor desempeñada hasta el momento por el Tribunal Constitucional (declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad; o de mera inaplicabilidad de la norma estatal, en el ámbito del art. 39.1 LOTC o previsión de que son irrevisables los actos administrativos firmes adoptados en ejecución de una ley inconstitucional, en el del art. 40.1 del mismo cuerpo normativo) o para posibilitar un margen más amplio de actuación del citado órgano (pudiendo acordar que el legislador disponga de un plazo para modificar la ley inconstitucional). Sería conveniente establecer puentes de contacto entre la jurisdicción constitucional y el legislador, lo que contribuirá a que se produzca una mejor adaptación de la Ley a los pronunciamientos del Alto Tribunal.

Las reflexiones finales del libro reseñado (págs. 169-176) sirven para poner de manifiesto que la obra sobre la *autonomía procesal* del Tribunal Constitucional sirve como muestra de un problema más complejo: los límites de la jurisdicción constitucional. En efecto, la libertad de que ha dado muestra el Tribunal Constitución en la configuración de su proceso se justifica en la posición que ocupa en el entramado constitucional. Tal posición está evolucionando en la medida en que el Tribunal Constitucional está dejando de ser el legislador negativo diseñado en un primer momento, y comen-

zando a actuar, en ocasiones, como legislador positivo, expresando así cierta orientación (*indirizzo*) política. Tal dimensión del fenómeno pone de manifiesto, de un lado, la íntima relación existente entre el Derecho material y el Derecho procesal en la jurisdicción constitucional, y, de otro, obliga, en definitiva, a plantear de forma unitaria los problemas de la interpretación y configuración practicadas por el Tribunal Constitucional desde el punto de vista de los límites competenciales de la jurisdicción constitucional. Será preciso buscar un sistema teórico-práctico flexible, más adecuado a la realidad de la justicia constitucional de hoy (como se ha tratado de hacer en Alemania a través de los trabajos elaborados por la Comisión Benda) que incluya también la fijación de sus fronteras.—*Francisco Javier Matia Portilla.*