

**ESTADO COMPUESTO
Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS**

ESTADO COMPUESTO Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

SEMINARIO

Barcelona, 4 de octubre de 2006

**Rainer Hofmann
Raffaele Bifulco
Luis Ortega Álvarez
Miguel Ángel Cabellos Espiérrez
Jordi Nieva Fenoll**



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
Institut d'Estudis Autònoms

BARCELONA

2007

Biblioteca de Catalunya. Datos CIP:

Estado compuesto y derechos de los ciudadanos : seminario, Barcelona, 4 de octubre de 2006. - (Col·lecció Institut d'Estudis Autònomic ; 54)

Bibliografia

ISBN 978-84-393-7640-8

I. Hofmann, Rainer II. Institut d'Estudis Autònomic (Catalunya) III.

Col·lecció: Institut d'Estudis Autònomic (Col·lecció) ; 54

1. Drets civils - Espanya - Comunitats autònomes - Congressos 2. Drets civils - Unió Europea, Països de la - Congressos 3. Competencia (Dret) - Espanya - Comunitats autònomes - Congressos 4. Competencia (Dret) - Unió Europea, Països de la - Congressos

342.7(4-6)(061.3)

Fotografía de la cubierta: Palau Centelles, Barcelona (siglo XVI).
Busto femenino. Ménsula en la entrada de un estudio del lado este del palacio.

© **Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic**

Primera edición: diciembre de 2007

Tirada: 1.000 ejemplares

ISBN: 978-84-393-7640-8

Depósito legal: B.56.549-2007

Impresión: El Tinter, SAL (empresa certificada ISO 9001, ISO 14001 y EMAS)



SUMARIO

<i>PRESENTACIÓN</i>	
Carles Viver Pi-Sunyer	9
FEDERALISMO Y DERECHOS EN ALEMANIA	
RAINER HOFMANN	13
ESTADO REGIONAL Y DERECHOS EN ITALIA	
RAFFAELE BIFULCO.....	29
LOS DERECHOS CIUDADANOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA	
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ.....	55
LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS: EL PAPEL DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS A PARTIR DEL ARTÍCULO 149.1.1 CE	
MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPÍERREZ	83
LOS MECANISMOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS	
JORDI NIEVA FENOLL	113

PRESENTACIÓN

Una de las novedades que introducen todos los Estatutos de autonomía recientemente reformados o en proceso de reforma —salvo el proyecto de Canarias— es la incorporación de un nuevo título en el que se proclaman una serie de derechos y deberes de los ciudadanos o de las personas que se relacionan con los poderes públicos de las respectivas Comunidades Autónomas. La introducción de estos listados de derechos, a diferencia de lo que suele suceder en el resto de artículos reformados, no responde al objetivo de ampliar el autogobierno de las Comunidades sino al de mejorar su calidad. Si el Estado de Derecho culmina cuando el Derecho al que se someten los poderes públicos consagra los derechos de los miembros de la comunidad política sobre la que actúan y esto se impone incluso a las mayorías parlamentarias coyunturales, la proclamación de derechos estatutarios se puede afirmar que completa y culmina el Estado de Derecho en los subordenamientos autonómicos.

Como ha sucedido con la mayoría de las nuevas propuestas estatutarias, la incorporación de derechos provocó de entrada una reacción de abierta oposición e incluso de hostilidad tanto en los ámbitos políticos como en los jurídicos; con posterioridad, los ánimos se han ido serenando y se ha dado paso a un debate académico de notable relieve teórico y práctico. De hecho, de todos los debates que se han producido alrededor de las reformas estatutarias, el que ha generado una mayor producción de publicaciones ha sido precisamente el de los derechos. A este debate, como a otros, se ha convocado incluso a la instancia que tiene una de las últimas palabras: el Tribunal Constitucional. Como es sabido, se ha cuestionado el contenido de los derechos, afirmando, por ejemplo, que algunos de ellos no disfrutaban del consenso político necesario para formar parte de una norma que se impone a las mayorías parlamentarias que en cada momento representan al pueblo de las Comunidades Autónomas; se ha cuestionado también la técnica legislativa empleada en la redacción y en la sistemática de estos nuevos Títulos estatutarios, y se ha puesto en cuestión la legitimidad constitucional del hecho de introducir derechos en los Estatutos de autonomía. Desde esta última perspectiva se ha afirmado, por ejemplo, que esta

regulación queda extramuros del ámbito material reservado o previsto constitucionalmente como propio de un Estatuto de autonomía; se ha sostenido también que la proclamación de derechos estatutarios vulnera la reserva constitucional por establecer derechos fundamentales y la reserva de ley orgánica por desarrollarlos; además, se ha dicho, esta proclamación pondría en crisis el derecho y el principio constitucional de igualdad de derechos de los españoles, además de limitar sin la necesaria habilitación constitucional el libre juego de las mayorías parlamentarias en los diferentes parlamentos autonómicos.

El Instituto de Estudios Autonómicos ha querido estar presente en este debate y por ello organizó el seminario que es el origen del libro que ahora presentamos, y que contiene las ponencias que se presentaron, con las modificaciones que sus autores han introducido como consecuencia del debate que siguió a su exposición oral en la sede del Instituto.

El análisis de la problemática que plantea la incorporación de derechos en los Estatutos de autonomía es abordado por el profesor Luis Ortega, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha en el trabajo que tiene por título «Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de autonomía». Junto con el caso español, en el libro se analizan dos experiencias foráneas (la alemana y la italiana) ya que, pese a que la posición constitucional de las Constituciones de los Länder y de los Estatutos de autonomía de las Regiones italianas no es homologable a la de los Estatutos de autonomía en España, debidamente contextualizados, el análisis de los aspectos que han resultado problemáticos y positivos de estas dos experiencias puede aportar luz al estudio en profundidad de esta novedad introducida en el ordenamiento jurídico español. El estudio del caso italiano corresponde al profesor Raffaele Bifulco, catedrático de Instituciones de Derecho Público de la Universidad Parthenope de Nápoles, profundo conocedor del Estado regional italiano, y el del caso alemán al profesor Rainer Hofmann, catedrático de Derecho Público, Derecho Internacional y Derecho Comunitario de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt.

Estos tres trabajos se completan con un estudio sobre los mecanismos de tutela de los derechos estatutarios del profesor Jordi Nieva, profesor titular de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Se trata de una cuestión a la que hasta ahora no se ha dado la importancia que merece tanto por su complejidad como por los problemas que sin duda plantea y planteará en el futuro y por su trascendencia a la hora de hacer efectiva la aplicación

de los derechos estatutarios. Finalmente, el trabajo del profesor Miguel Ángel Cabellos, responsable del área de investigación del Institut de Estudis Autònoms y profesor titular de Derecho Constitucional de la Universitat de Girona, sitúa la problemática de los derechos estatutarios en uno de los marcos que los condicionan en su configuración, su desarrollo y su aplicación: el de la competencia estatal prevista en el art. 149.1.1 de la Constitución, que el Estado emplea de manera cada vez más frecuente y errática, poniendo a menudo en peligro el sistema constitucional de distribución de competencias.

La incorporación de derechos supraleales en los Estatutos de autonomía refuerza el carácter político de las comunidades que forman las Comunidades Autónomas y dan a los estatutos una nueva dimensión, sin modificar su naturaleza jurídica como fuente del Derecho. Esperamos que este libro contribuya al debate sereno de esta importante novedad estatutaria que, más allá de los problemas dogmáticos que ya ha suscitado, en el futuro inmediato planteará también relevantes problemas jurídicos en su aplicación práctica.

CARLES VIVER PI-SUNYER

Director del Institut d'Estudis Autònoms

FEDERALISMO Y DERECHOS EN ALEMANIA

RAINER HOFMANN¹

*Catedrático de Derecho Público, Derecho Internacional y Derecho Comunitario
Universidad Johann Wolfgang Goethe de
Frankfurt am Main*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desarrollo histórico. 3. El marco constitucional federal. 4. Visión de conjunto de los derechos fundamentales de los Länder. 5. La relación entre los derechos fundamentales del plano federal y los del plano de los Länder. 6. Consecuencias desde el punto de vista procesal-constitucional. 7. Conclusiones.

1 • Introducción

La discusión iniciada en España acerca de la adecuación constitucional de los nuevos Estatutos, entre ellos el de Cataluña, ha sido objeto en Alemania de una indudable atención. En el primer plano de este debate se halla de modo evidente la pregunta de si la inclusión en dichos Estatutos de un capítulo relativo a derechos es compatible con la Constitución. En la actualidad España, al menos desde el punto de vista de un jurista familiarizado con la variante alemana del Estado federal, (aún) no es plenamente un Estado federal, sino que se mueve en esa dirección. A pesar de ello, y en la medida en que existe esa tendencia, tiene pleno sentido recurrir a la aplicación de las experiencias que pueda aportarnos el Derecho comparado.

El presente trabajo tiene así como finalidad ofrecer algunos datos esenciales sobre el contenido y extensión de las Constituciones de los Länder en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Además, habrá de ocuparse de la existencia de Tribunales Constitucionales en los Länder, y de las cuestiones que surgen del hecho de que en una serie de

¹ Quisiera agradecer al prof. Dr. Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Girona su esfuerzo y cuidado en traducir mi ponencia al castellano. Agradezco también al Sr. Jakob Kadelbach, asistente de mi cátedra, su valioso apoyo en la recopilación de material para este texto.

Constituciones de los Länder esté abierta la posibilidad de que puedan presentarse recursos de amparo ante los respectivos Tribunales Constitucionales. Ello implica sobre todo que debe analizarse igualmente la relación entre la protección de los derechos reconocidos en la Constitución federal a través del Tribunal Constitucional federal, de una parte, y la protección de los derechos reconocidos en las Constituciones de los Länder que hayan de llevar a cabo sus correspondientes Tribunales Constitucionales, por otra.

Como es sabido, no es posible entender correctamente las normas actuales, incluidas las propias del Derecho Constitucional, sin conocer su surgimiento y desarrollo histórico. Por ello debe este trabajo comenzar refiriéndose a la historia de las Constituciones de los Länder alemanes, antes de abordar la situación actual. Al mismo tiempo deberá mostrarse en primer lugar qué directrices contienen los preceptos de la Constitución federal en relación con la recepción de catálogos de derechos por parte de las Constituciones de los Länder. Tras ello, se hará un breve repaso al contenido de dichas Constituciones en materia de derechos y finalmente corresponderá analizar el problema de la concurrencia entre Constitución federal y Constituciones de los Länder en este ámbito, especialmente en lo referido a la relación entre el Tribunal Constitucional federal y los Tribunales Constitucionales de los Länder en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales.

2 · Desarrollo histórico

Para no rebasar el objeto del presente estudio, nos limitaremos a recordar que el desarrollo histórico de Alemania desde el punto de vista de su formación como Estado y desde la perspectiva constitucional se diferencia en sus fundamentos del de España o Italia. Mientras España devino muy pronto (al igual que otras potencias como Francia o Inglaterra) un Estado centralizado, cuya construcción (desde la perspectiva de un observador externo) resultó influida en el siglo XIX en gran medida por la estructura administrativa francesa heredada de Napoleón, la evolución de Alemania transcurrió como es sabido de forma muy diferente: el Reich, cuya estructura desde el punto de vista actual podríamos ubicar en un punto intermedio entre la Federación y la Confederación, desarrolló su propio Derecho constitucional, que no se basó en una única fuente, sino en una pluralidad

de ellas,² y junto al Derecho del Reich existía el Derecho constitucional de los Estados miembros, que por su parte se orientaba de modo creciente en la dirección propia de un Estado centralista. En las universidades alemanas, lógicamente, se enseñaba tanto el Derecho constitucional del Reich como el de los Estados.

A la disolución del Reich en 1806 siguió en 1815 la fundación del Deutscher Bund, una confederación. En las décadas posteriores el desarrollo constitucional en Alemania tuvo lugar sobre todo en torno a las primeras Constituciones en el sentido moderno del término que tras 1818 fueron aprobadas en los Länder, y que contuvieron en su mayoría catálogos de derechos fundamentales:³ igual que en Estados Unidos, «la cuna de los derechos fundamentales en Alemania fueron los Länder»,⁴ y esta circunstancia no debe ser olvidada, pues explica que para el constituyente alemán la existencia de Constituciones de los Länder conteniendo catálogos de derechos fundamentales y su protección a través de Tribunales Constitucionales de los citados Länder⁵ no es algo en absoluto extraño. Esto significa también que en todos aquellos casos en que fuera redactada una Constitución para el conjunto de Alemania, debería abordarse el tema de la relación con las Constituciones de los Länder y la posible concurrencia de catálogos de derechos fundamentales.

La —fracasada— Constitución del Reich de 1849 (llamada Constitución de la *Paulskirche* por el nombre de la iglesia donde los diputados de la Asamblea Nacional se reunieron en 1848-49) tuvo un amplio catálogo de derechos e incluso la posibilidad de un recurso de amparo ante el Tribunal del Reich.⁶ Y previó también que los derechos fundamentales del Reich no

2 Cfr. sobre esto Frotzcher/ Pieroth, *Verfassungsgeschichte* (6. ed. 2007), p. 46 y ss.; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V (2000), § 124 IV (p. 61 ss.); y Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (3. ed. 1997), p. 147 y ss.

3 Cfr. sobre esto Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 1 (2. ed. 1967), p. 350 y ss.; y Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1 (1988), § 59 V 3 (p. 106 y ss.); véase también Frotzcher/Pieroth, *ibid.*, p. 132 y ss.; y Willoweit, *ibid.*, p. 271 y ss.

4 Como indica K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2 (1994), § 93 I 1 (p. 1413 f.).

5 Sobre los recursos de amparo en concretos Länder como Baden, Bayern o Sachsen, cfr. Schumann, *Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten*, en: Starck/ Stern (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit* (1983), vol. 2, p. 149 y ss. (162 y ss.).

6 Sobre la Constitución de la *Paulskirche* véase especialmente Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche* (2. ed. 1998); véase también Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 2 (3. ed. 1988), S. 774 y ss.

podrían ser limitados por la Constitución de un Estado ni por supuesto eliminados. A diferencia de lo que ocurrió en Italia, la unificación alemana en la segunda mitad del siglo XIX no llevó a un Estado centralista, sino a un Estado federal (Bundesstaat) en el que los Estados miembros ostentaban importantes facultades. Ésta pudo haber sido una de las razones por las que ni la Constitución de la Federación Alemana del Norte (Norddeutschen Bundes) de 1867 ni la Constitución del Reich alemán de 1871 contuviesen un catálogo de derechos fundamentales, sino que dejaran esta cuestión en manos de las Constituciones de los Länder,⁷ si bien podían, no obstante, hallarse algunas normas materiales sobre derechos fundamentales en algunas leyes del Reich, como por ejemplo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tras la revolución de noviembre de 1918, en las deliberaciones de la Asamblea Nacional en Weimar se manifestó rápidamente la voluntad de introducir en la Constitución un completo catálogo de derechos fundamentales (incluyendo derechos económicos y sociales).⁸ Ello conllevó que la mayoría de las Constituciones de los Länder, que fueron aprobadas después de la entrada en vigor de la Constitución de Weimar, se limitasen a hacer breves referencias a los derechos fundamentales.⁹ Excepción a ello fueron sólo las pocas Constituciones aprobadas antes que la mencionada Constitución de Weimar (por ejemplo, la de Baden), pero apenas se prestó atención a su catálogo de derechos: es altamente significativo que el autor de la obra de cabecera sobre la Constitución de Baden, al hablar de los derechos fundamentales en Alemania, no dijera nada sobre los derechos fundamentales en los Länder.

Tras el fin de la segunda guerra mundial se produjo la reconstrucción de la estructura del Estado, y ello, en primer lugar, en el ámbito de los Länder.¹⁰ Fueron aprobadas Constituciones con partes completamente dedicadas a contener catálogos de derechos en todos los Länder de la zona ocupada por los franceses y los estadounidenses,¹¹ pero también en

7 Ver sobre ello Stern (*supra* nota 5), § 93 I 3 (p. 1416 y ss.); cfr. también Dreier, en: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, vol. 3 (1. ed. 2000), artículo 142 marginal 5.

8 Véase en torno a ello Stern, *ibid.*, § 93 I 4 (p. 1418 y ss.).

9 Cfr. sobre esta cuestión Wenzel, Die reichsrechtlichen Grundlagen des Landesverfassungsrechts, en: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts vol. 1 (1930), § 52 (p. 604 y ss.).

10 Cfr. al respecto Stern (*supra* nota 5), § 93 II 1 (p. 1420 y ss.).

11 En orden cronológico: Hessen, Bayern, Württemberg-Baden, Bremen, Baden, Rheinland-Pfalz y Württemberg-Hohenzollern; vd. sobre ello Stern, *ibid.*, § 93 II 3 (p. 1426 y ss.).

la zona soviética (si bien allí dejaron de estar en vigor en 1952, con la disolución de los Länder).¹² Sólo en la zona inglesa entraron en vigor las Constituciones de los Länder después de que lo hiciese la federal.¹³ Finalmente, las Constituciones de los «nuevos» Länder surgidos tras la reunificación en los años 90 contuvieron todas ellas completos catálogos de derechos, y Tribunales Constitucionales encargados de su protección.¹⁴

En concreto la situación actual es la siguiente: de las 16 Constituciones de los Länder, 10 tienen completos catálogos de derechos fundamentales propios (Bayern, Berlín, Brandenburg, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thüringen), cuatro se limitan a hacer una referencia a los derechos fundamentales de la Constitución federal con añadidos puntuales (Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen y Nordrhein-Westfalen) y dos Constituciones son meras normas organizativas sin catálogo de derechos (Hamburg y Schleswig-Holstein). Excepto Schleswig-Holstein, que siguiendo la previsión del art. 99 de la Constitución federal¹⁵ aún utiliza como Tribunal Constitucional al Tribunal Constitucional federal, los otros 15 Länder tienen un Tribunal Constitucional propio, que a menudo recibe el nombre de Tribunal del Estado (*Staatsgerichtshof*). A nuestros efectos es de interés destacar que de las 10 Constituciones de Land con un catálogo de derechos propio, sólo Bremen carece de recurso de amparo. Una protección constitucional completa de los derechos fundamentales se da no obstante sólo en cinco Länder (Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen y Thüringen); mientras que en dos (Brandenburg y Berlín) el recurso de amparo sólo puede interponerse o ante el Tribunal Constitucional federal o ante el del Land, debiéndose optar o por uno o por otro. En otros dos Länder (Mecklenburg-Vorpommern y Saarland) el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional del Land es subsidiario frente al del

12 En orden cronológico: Thüringen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg, Mecklenburg y Sachsen; vd. al respecto Stern, *ibid.*, § 93 II 2 (p. 1422 y ss.).

13 En orden cronológico: Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen y Bremen; vd. Stern, *ibid.*, § 93 III (p. 1433 y ss.).

14 Véase Stern, *ibid.*, § 93 IV (p. 1445 y ss.).

15 El art. 99 dispone que: «mediante una ley de un Land podrá conferirse al Tribunal Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales dentro de dicho Land y a los tribunales supremos de justicia [de la Federación] mencionados en el art. 95, apartado 1, la decisión en última instancia de aquellos asuntos en los que se trate de la aplicación del Derecho de un Land».

Tribunal Constitucional federal, y en Sachsen-Anhalt sólo puede ser objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional del Land una ley del Land.

3 · El marco constitucional federal

Como en todo Estado compuesto debe también en Alemania establecerse una regla que determine la relación entre los correspondientes ámbitos estatales. La solución es, brevemente expuesta, la siguiente: no sólo el Bund, sino también los Länder tienen la cualidad o condición de Estado,¹⁶ si bien estos últimos no son sujetos de Derecho internacional y sólo en el marco de las competencias que les confiere la Constitución federal están autorizados a realizar actuaciones con relevancia internacional.¹⁷ En la conformación de su orden constitucional los Länder son libres en el marco de lo que prescribe la cláusula de homogeneidad del art. 28 de la Constitución federal;¹⁸ el art. 28.3¹⁹ establece claramente que lo que dispone el art. 1 apartado 3 de la Constitución²⁰ sobre la eficacia inmediata de los derechos fundamentales vale también ante los poderes estatales que ejerzan los Länder: así pues, también los Parlamentos, autoridades administrativas y tribunales de los Länder están vinculados por los derechos previstos en la Constitución

16 Ver por todos Maunz, *Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder*, en: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V (2. ed. 1999), p. 427 y ss.

17 Ello resulta del art. 32 III GG; ver sobre ello, por todos, Pernice, en: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2 (2. ed. 2006), artículo 32, marginal 35 y ss.

18 El art. 28.1 dispone que: «el orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas (...)». Sobre esta cláusula de homogeneidad, que proviene del art. 17 de la Constitución de Weimar, ver por todos Dreier, en: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar* vol. 2 (2. ed. 2006), artículo 28, marginal 58 y ss.

19 El art. 28.3 dispone que: «la Federación garantizará la conformidad del orden constitucional de los Länder con los derechos fundamentales (...)». Ver por todos Dreier, *ibid.*, marginal 180 y ss.

20 El art. 1.3 dispone que: «los (...) derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable». Con esta formulación se quiere asegurar que los derechos fundamentales de la GG tengan eficacia jurídica inmediata y no, como ocurría bajo la vigencia de la Constitución de Weimar, mero carácter programático estando necesitados de la posterior intervención del legislador para cobrar eficacia vinculante frente al poder ejecutivo y para poder ser aplicados de forma inmediata por el poder judicial. Vd. sobre ello, por todos, Dreier, en: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 1 (2. ed. 2004), artículo 1 III, marginal 29 y ss.

federal.²¹ Por otra parte, los Länder son libres de prever en sus Constituciones catálogos de derechos, crear Tribunales Constitucionales y regular las competencias de éstos, incluida la creación de un recurso de amparo.²²

En relación con la distribución de competencias para la puesta en práctica de las funciones estatales, la Constitución federal, en coherencia total con la tradición constitucional alemana, ha previsto en su art. 30²³ la competencia general de los Länder.²⁴ De nuevo en coherencia con dicha tradición prevé el art. 31²⁵ que el Derecho federal que sea conforme con la Constitución desde el punto de vista formal —sobre todo competencial— y material «rompe» el Derecho de los Länder contrario a aquél, es decir, que no sólo lo hace inaplicable en el caso concreto, sino que provoca su nulidad con carácter general; se trata por tanto de una primacía no sólo aplicativa, sino de validez.²⁶ Debe hacerse notar, no obstante, que el constituyente de 1949 incluyó en el art. 142 una regla especial relativa a los derechos fundamentales que en aquel tiempo ya se contenían en las entonces vigentes Constituciones de los Länder: tales provisiones sobre derechos permanecerían «en vigor, en la medida en que sean concordantes con los derechos recogidos y protegidos por los arts. 1 a 18 de la Ley Fundamental».

Estas provisiones constituyen la base y fundamento constitucional de la concurrencia entre derechos fundamentales federales y derechos fundamentales de los Länder en Alemania, concurrencia cuyo contenido y efectos serán tratados a continuación. Ante todo deben ser aclaradas dos cuestiones: frente a su tenor literal, el art. 142 abarca también a otros derechos además de a los contenidos en los mencionados arts. 1 a 18, en particular los derechos relativos al proceso que contienen los arts. 101 a 104 de la Constitución federal.²⁷

21 Cfr. al respecto Dreier, *ibid.*, marginal 37.

22 Vd. por ejemplo Herdegen, *Strukturen und Institute des Verfassungsrechts der Länder*, en: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV (2. ed. 1999), p. 479 y ss. (esp. 503 y ss.)

23 El artículo 30 dispone que: «el ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no contenga una disposición en contrario».

24 Cfr. al respecto Pernice, en: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2 (2. ed. 2006), artículo 30, marginal 15 y ss.

25 El artículo 31 dispone que: «el derecho federal rompe el derecho de los Länder».

26 Vd. al respecto Dreier, en: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2 (2. ed. 2006), artículo 31, marginal 31 y ss.

27 En la jurisprudencia vd. BVerfGE Vol. 96, p. 345 (364 y ss.); en la doctrina vd. Dreier, en: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 3 (1. Aufl, 2000), artículo 142, marginal 36 y ss.; y Sacksofsky, en: Dolzer (Hrsg.), *Bonner Kommentar*, artículo 142 (2004), marginal 20 (ambos con amplias argumentaciones).

Igualmente es indiscutido que el art. 142 es aplicable no sólo a los catálogos de derechos contenidos en las Constituciones de los Länder preexistentes a la Constitución federal, sino también a los catálogos de las posteriores a ella.²⁸

4 · Visión de conjunto de los derechos fundamentales de los Länder

Por razones de espacio no se puede realizar una detallada exposición del contenido de los catálogos de derechos fundamentales de las Constituciones de los Länder. Las siguientes observaciones se limitan, por tanto, a ofrecer una visión de conjunto.

Los catálogos de las Constituciones de los Länder anteriores a la federal están fuertemente influidos por la Constitución de Weimar:²⁹ al lado de los clásicos derechos de libertad, los derechos de participación y los derechos relativos a la tutela judicial, se contienen previsiones relativas a la igualdad ante la ley, la igualdad de trato de hombres y mujeres así como normas sobre ordenación de la vida y la sociedad formuladas en parte como derechos fundamentales, en parte como derechos sociales y en parte como garantías de determinadas instituciones (matrimonio, familia, educación y escuela, iglesia y religión, economía y trabajo).

Las primeras Constituciones posteriores a la federal fueron o meros estatutos organizativos o incorporaron los derechos de la Constitución federal. Según la opinión dominante, esto llevó a que existieran los mismos derechos fundamentales en diferentes ordenamientos,³⁰ si bien como las Constituciones de Baden-Württemberg y Nordrhein-Westfalen no prevenían recurso de amparo en el Land, la aplicación judicial de dichos derechos se limitaba a los procesos de control abstracto y concreto de normas, de ahí que su aplicación práctica no fuese especialmente relevante.

²⁸ En la jurisprudencia vd. BVerfGE Vol. 96, p. 345 (364); en la doctrina vd. Dreier, *ibid.*, marginal 35 (donde podrán encontrarse ulteriores argumentaciones); también pueden consultarse las opiniones opuestas en la doctrina más antigua en Sacksofsky, *ibid.*, marginal 32 f.

²⁹ Vd. sobre ello Sacksofsky, *ibid.*, marginal 130 y ss.; y Stern (*supra* nota 5), § 93 II 3 (p. 1428 y ss.).

³⁰ Vd. al respecto Sacksofsky, *ibid.*, marginal 145 y ss.; y Stern, *ibid.*, § 93 III 4 (p. 1439 y ss.) (ambos con numerosos datos).

Los catálogos de derechos de las Constituciones de los «nuevos» Länder,³¹ tras la reunificación, recogieron en gran parte lo dispuesto en la Constitución federal en materia de derechos de igualdad, de participación y procesales; pero también previeron algunos «nuevos» derechos, sobre todo en el ámbito de la protección de datos. Junto a ello hallamos normas sobre instituciones como el matrimonio, la escuela y la formación, y la iglesia; algunas contienen también previsiones relativas a la protección del medio ambiente y al ámbito económico y laboral. Éstas, no obstante, se formulan la mayor parte de las veces como tareas del Estado y no como derechos fundamentales. Cabe destacar sobre todo la tendencia al abandono de la diferencia, existente en la Constitución federal, entre los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas y los que sólo se reconocen a los alemanes.

5 · La relación entre los derechos fundamentales del plano federal y los del plano de los Länder

La relación entre los derechos fundamentales federales y los de los Länder se rige en lo esencial por la regla general relativa a la relación entre Derecho del Bund y de los Länder, es decir, la regla de primacía de rango del Derecho del Bund, que la actual Constitución ha consagrado en su art. 31. Por otra parte, el constituyente ha optado por garantizar la validez de los derechos fundamentales de los Länder en el art. 142, lo que, como se dijo, equivale a una garantía constitucional de tales derechos. Esta circunstancia puede llevar a posibles colisiones, y en cualquier caso a la concurrencia de derechos fundamentales de diversos ordenamientos, por lo que se hace necesario articular una solución.

Tal solución se formula como sigue: debe establecerse si, y en qué medida, los derechos de los Länder, como dice el art. 142, «están en concordancia con la Constitución» y por ello son válidos; y ello debe hacerse distinguiendo tres categorías o grupos de derechos;³² así, se distingue entre, en primer lugar, derechos de la Constitución federal idénticos (o paralelos) a los de las Constituciones de los Länder; en segundo lugar, derechos de éstas

³¹ Vd. al respecto Sacksofsky, *ibid.*, marginal 150 y ss.; y Stern, *ibid.*, § 93 IV 4 (1448 y ss.) en ambos casos con abundantes argumentaciones.

³² Vd. Dreier (*supra* nota 28), marginal 43 y ss.; y Stern, *ibid.*, § 93 V 4 (1457 y ss.)

que protegen menos (es decir, ofrecen menor protección a su titular) que sus homólogos de la Constitución federal, y en tercer lugar, derechos de las Constituciones de los Länder que protegen más, o de modo distinto, pero yendo más allá que los correspondientes de la Constitución federal (es decir, estamos ante el supuesto de mayor protección al titular de los derechos).

En cuanto a la primera categoría, derechos de los Länder idénticos o paralelos a los de la Constitución federal, comprende, por un lado, los casos de recepción de derechos de ésta mediante remisión hecha por la Constitución del Land, y por otro lado, la previsión en ésta de derechos con el mismo contenido textual que sus homólogos de la Ley Fundamental. En ambos casos, la doctrina considera de modo unánime que ambos derechos, tanto los de la Constitución del Land como los de la federal, se aplicarán, y que el Tribunal Constitucional del Land dispondrá de un único criterio o baremo al examinar dichos derechos.³³

En cuanto a la segunda categoría, derechos menos protegidos en las Constituciones de los Länder, se ha considerado tradicionalmente que tales derechos, por aplicación del art. 31 en combinación con el 142 de la Constitución Federal, debían considerarse derogados.³⁴ Hoy, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal³⁵ y la doctrina dominante consideran que en tales casos, a causa de lo que indica el art. 1 apartado 3 de la Constitución federal, esos derechos de ésta que van más allá son inmediatamente aplicables y los derechos de las Constituciones de los Länder no son anulados en su validez, sino que tan sólo resultan inaplicados;³⁶ esta solución, que recuerda en gran parte a la relación entre el derecho comunitario y el de los Estados miembros (primacía de aplicación, no de validez) respeta de esta manera la soberanía constitucional de los Länder. Como ejemplo de dicho desplazamiento que no implica nulidad, se puede recordar cómo permanecen formalmente en algunas Constituciones de Länder previas a la Ley Fundamental preceptos sobre la admisibilidad de la pena de muerte o, en el art. 29 apartado 5 de la Constitución de Hessen, la prohibición del cierre patronal.

³³ Vd. sobre ello Dreier, *ibid.*, marginal 44 y ss.; Sacksofsky (*supra* nota 28), marginal 36 y ss.; y Stern, *ibid.*, § 93 V 4. (1458 f.)

³⁴ Cfr. por ejemplo Stern, *ibid.*, § 93 VI 3 (1476) con numerosos datos; vd. también Dreier, *ibid.*, marginal 47 nota 118.

³⁵ BVerfGE Vol. 96, p. 345 y ss. (365 y ss.).

³⁶ Cfr. por ejemplo Dreier (*supra* nota 28), marginal 47 (y explicaciones adicionales en la nota 119); y Sacksofsky (*supra* nota 28), marginal 42 y ss.

En cuanto a la tercera categoría, mayor protección de las Constituciones de los Länder, la doctrina dominante afirma la plena corrección de tales derechos.³⁷ Se argumenta para ello que los derechos de la Constitución federal sólo fijan un estándar mínimo, que el constituyente del Land no puede disminuir, pero sí superar. Pero debe observarse que la preferencia de rango del Derecho federal que recoge el art. 31 de la Constitución federal no se refiere sólo a ésta, es decir al Derecho constitucional federal, sino también al Derecho federal, es decir a las leyes federales. Esto significa que una ley federal tendrá preferencia sobre la Constitución de un Land. Como ejemplo se puede citar el derecho a ejercer sin cortapisas la libertad de información, sin poder ser obligado a testificar, y sin poder ser objeto de confiscaciones ni registros, que se recoge en el art. 19 apartado 5 de la Constitución de Brandenburgo y que constituye por tanto un derecho dirigido específicamente a proteger a los periodistas. No existe una previsión expresa de este tipo en la Constitución federal, y muchos autores ponen en duda que dicho art. 19 sea compatible con la ley procesal penal federal, y concluyen que este derecho de la Constitución de ese Land, cuando al ser aplicado choque con la mencionada ley federal, será desplazado por ésta.³⁸

6 • Consecuencias desde el punto de vista procesal-constitucional

La concurrencia descrita entre derechos reconocidos en unas y otras Constituciones tiene naturalmente consecuencias sobre el Derecho procesal constitucional, sobre las que nos detendremos en este apartado.

Por razones de espacio nos limitaremos a examinar el problema que se deriva de la concurrencia y existencia paralela de recursos de amparo en el plano federal y de los Länder. No será en cambio tratado el tema de la eficacia de los derechos reconocidos en las Constituciones de los Länder en el marco de procesos de control (abstracto o concreto) de constitucionalidad de las normas ante Tribunales Constitucionales de Länder.³⁹

³⁷ Cfr. por ejemplo Stern (*supra* nota 5), § 93 VI 3 (p. 1472); vd. también Dreier, *ibid.*, marginal 49; y Sacksofky, *ibid.*, marginal 39 y ss.

³⁸ En conjunto sobre ello vd. Dreier, *ibid.*, marginal 50 y ss. (con ulteriores datos).

³⁹ Cfr. por ejemplo Stern (*supra* nota 5), § 93 VII 2 (p. 1503).

Para comenzar, debe recordarse que, como se indicó, nueve de las dieciséis Constituciones de los Länder prevén recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional del Land.

El Estado federal consagrado en la Constitución lleva a una separación entre los ámbitos constitucionales del Bund y los Länder. De ello se sigue igualmente la separación de los criterios de examen jurídico-constitucionales: el Tribunal Constitucional del Bund examina las leyes del Bund y de los Länder tomando como canon los derechos fundamentales de la Constitución federal, mientras que los Tribunales Constitucionales de los Länder examinan las leyes de «su» Land (nunca las leyes del Bund) bajo el canon de los derechos fundamentales de «su» Constitución de Land (y nunca bajo el canon de los derechos de la Constitución federal).⁴⁰

Debe recordarse ahora lo dicho antes sobre la necesidad de disponer de reglas para los posibles casos de colisión entre derechos del Bund y de los Länder que coexisten paralelamente, ya que la Constitución acepta la competencia paralela de los tribunales constitucionales de Bund y Länder. En tales casos el ciudadano puede actuar contra un acto del poder del Land tanto ante el correspondiente Tribunal Constitucional de éste como ante el Tribunal Constitucional federal, lo que resulta claro también a tenor de lo que indica el art. 90 apartado 3 de la ley del Tribunal Constitucional federal. Se habla en tal medida de la posibilidad de una doble protección, o doble amparo. La Constitución federal deja a las Constituciones de los Länder la decisión acerca de si establecer una regla de alternatividad o de subsidiariedad. Es decir, que desde el punto de vista de la Constitución federal es posible interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional federal y ante el del Land, y ello al mismo tiempo o bien sucesivamente.⁴¹

Por último, deben abordarse ahora algunos problemas específicos, cuya solución es actualmente discutida.

En primer lugar, debe responderse a la pregunta de si en caso de aplicación de Derecho del Land, cuando se trate de derechos fundamentales idénticos en ambas Constituciones, el Tribunal Constitucional del Land estaría, por aplicación del art. 31 de la Constitución federal, vinculado a la interpretación que el Tribunal Constitucional federal haya hecho de tal derecho. Partiendo de la consideración de que los derechos fundamentales de los Länder son siempre normas del Derecho constitucional de éstos, resul-

⁴⁰ Cfr. sobre ello Dreier (*supra* nota 28), marginal 71; y Stern, *ibid.*, § 93 VII 3 (p. 1505).

⁴¹ Cfr. sobre ello Dreier, *ibid.*, marginal 74 y ss.; y Stern, *ibid.*, § 93 VII 4 (p. 1508).

ta más convincente la tesis, dominante en la doctrina, que se posiciona contra tal vinculación.⁴² Así pues, en esos casos en que el Tribunal Constitucional del Land aplique un derecho recogido en la Constitución del Land, que sea idéntico a otro recogido en la federal, podrá apartarse de la interpretación del Tribunal Constitucional federal sobre tal derecho, y si hiciera tal cosa, no estará obligado por el art. 100 apartado 3 GG a solicitar previamente el parecer del Tribunal Constitucional federal.⁴³

Distinto es el caso relativo a la cuestión, muy discutida, del examen de la aplicación del Derecho federal.⁴⁴ Ante todo debe recordarse que el art. 142 de la Constitución federal se ha entendido de modo unánime en el sentido de que no apodera a los Tribunales Constitucionales de los Länder para examinar leyes del Bund a la luz de derechos fundamentales de las Constituciones de los Länder.⁴⁵ El verdadero problema radica, no obstante, en si los Tribunales Constitucionales de los Länder están autorizados a examinar si la aplicación por parte de una autoridad del Land de una norma federal ha respetado los derechos de la Constitución del Land. Esto es especialmente relevante en materia de normas procesales, incluidas las que rigen el proceso penal. Mientras los Tribunales Constitucionales de Baviera y Hessen siempre fueron muy comedidos al respecto,⁴⁶ el de Berlín, en la muy discutida sentencia Honecker,⁴⁷ se atribuyó una competencia general de examen y llegó a la conclusión de que la aplicación de la ley (federal) de enjuici-

42 Sobre ello vd. en detalle Dreier, *ibid.*, Rdnr 77.

43 Ampliamente sobre ello Dreier, *ibid.*, marginal 78. El art. 100 apartado 3 dispone que: «si en la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional de un Land quiere apartarse de una decisión del Tribunal Constitucional federal o del Tribunal Constitucional de otro Land, recabará la decisión del Tribunal Constitucional federal»; vd. al respecto Wieland, en: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 3 (1. ed. 2000), artículo 100 marginal 33 y ss.

44 Véanse las completas observaciones de Dreier, *ibid.*, marginal 80 y ss.; y Sacksofsky (*supra* nota 28), marginal 86 y ss.

45 Cfr. Dreier, *ibid.*, marginal 79.

46 Ver al respecto los argumentos de Dreier, *ibid.*, marginal 80 nota 215.

47 La sentencia ha sido reproducida entre otros lugares en la *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1993, p. 515 y ss.; sobre esta sentencia véase también Starck, *Der Honecker-Beschluss des Berliner Verfassungsgerichtshofes*, *Juristenzeitung* (JZ) 1993, p. 231 y ss.; Pestalozza, *Der Honecker-Beschluss des Berliner Verfassungsgerichtshofes*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 1993, p. 340 y ss.; Wilke, *Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Einheit des Bundesrechts*, NJW 1993, p. 887 y ss.; Berkemann, *Ein Landesverfassungsgericht als Revisionsgericht — Der Streitfall Honecker*, NVwZ 1993, p. 409 y ss.; y Kunig, *Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts*, NJW 1994, p. 687 y ss.; ver también las observaciones de Dreier, *ibid.*, marginal 80 nota 217; y Sacksofsky (*supra* nota 28), marginal 88 nota 131.

ciamiento criminal (que llevaba a ordenar la continuación de la prisión preventiva de Honecker, último presidente de la RDA, entonces enfermo) vulneraba el precepto de la Constitución de Berlín que protege la dignidad humana. En consecuencia, se dejó en libertad a Honecker, quien marchó inmediatamente hacia Moscú, desde donde viajó posteriormente a Chile, donde finalmente moriría. En su sentencia de 15 de octubre de 1997, relativa al Tribunal Constitucional de Sachsen, el Tribunal Constitucional federal⁴⁸ aceptó esa competencia casacional y de examen de los Tribunales Constitucionales de los Länder en lo fundamental, pero para el controvertido caso del examen por aquéllos de la aplicación del derecho procesal federal por parte de las autoridades del Land estableció un régimen singular: el Tribunal Constitucional del Land estará vinculado a las decisiones del Federal, lo que quiere decir que el Tribunal del Land, llegado el caso, debe presentar el caso al Tribunal Constitucional federal conforme a lo dispuesto en el art. 100 apartado 3 de la Constitución federal.⁴⁹ Habida cuenta de la necesidad de una interpretación unitaria del Derecho procesal federal, parece una solución adecuada.

En cambio es ampliamente aceptado que los actos emanados de autoridades del Bund no están sometidos al examen de los Tribunales Constitucionales de los Länder, en tanto que no ha intervenido ninguna autoridad del Land.⁵⁰ En tales casos debe afirmarse la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional federal. Lo mismo debe decirse en el caso de las sentencias de los tribunales federales.⁵¹

Por su parte, las sentencias de los Tribunales Constitucionales de los Länder, en tanto que actos de un poder del Land que son, no se hallan *per se* sustraídas a un posible control por parte del Tribunal Constitucional federal.⁵² Pero tal control es posible sólo de modo excepcional, cuando se ha producido la vulneración de un derecho de los que rigen el proceso conte-

⁴⁸ BVerfGE Vol. 96, p. 345 y ss.

⁴⁹ Cfr. sobre ello Dreier (*supra* nota 28), marginal 81 y ss.; y Sacksofsky (*supra* nota 28), marginal 88 y ss.; sobre la sentencia del TCF ver por ejemplo Lange, Kontrolle bundesrechtlich geregelter Verfahren durch Landesverfassungsgerichte?, NJW 1998, p. 1278 y ss.; Tietje, Die Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit im föderalen System Deutschlands in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1999, p. 282 y ss.; Dreier, Grundrechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte (Berlin 2000), p. 25 y ss.; y Dietlein, Die Kontrollbefugnis der Landesverfassungsgerichte, Jura 2000, p. 19 y ss.

⁵⁰ Ver sobre ello Dreier, *ibid.*, marginal 86.

⁵¹ Ver sobre ello Dreier, *ibid.*, marginal 87.

⁵² Ver sobre ello Dreier, *ibid.*, marginal 88.

nido en la Constitución federal, por ejemplo cuando un Tribunal Constitucional de un Land, en un caso relativo a la aplicación de derecho procesal federal por parte de una autoridad del Land, ha prescindido de acudir al Tribunal Constitucional federal tal como exige el art. 100 apartado 3 de la Constitución federal, y con ello ha vulnerado el derecho al juez predeterminado por la ley que reconoce el art. 101 apartado 1 párrafo 2 de aquélla. En cambio no se puede formular un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional federal con el argumento de que el Tribunal Constitucional del Land ha interpretado erróneamente un derecho fundamental recogido en la Constitución del Land.⁵³

Por último debe hacerse referencia a una cuestión ya antes mencionada, y es la de que frente a la aplicación de Derecho del Land por una autoridad de éste, una vez haya recaído la sentencia en última instancia del correspondiente tribunal ordinario del Land, se interponga un recurso de amparo tanto ante el Tribunal Constitucional del Land como ante el Tribunal Constitucional federal. En caso de que las normas de la Constitución del Land que rijan los procesos constitucionales no prevean una regla de subsidiariedad o bien de alternatividad, serán posibles dos sentencias contradictorias.⁵⁴ En tales casos, sólo cabe confiar en el mutuo respeto que se muestren los Tribunales Constitucionales implicados. En tal sentido debe valorarse la práctica de muchos Tribunales Constitucionales de Länder, que suspenden el proceso de amparo ante ellos interpuesto hasta que recaiga la sentencia del Tribunal Constitucional federal, y entonces examinan si la interpretación del derecho contenido en la Constitución federal hecha por el Tribunal Constitucional federal lleva al mismo resultado que el que se derivaría de la interpretación del derecho homólogo contenido en la Constitución del Land que realice el Tribunal Constitucional de éste. Debe hacerse notar que el Tribunal Constitucional federal nunca realiza, salvo que exista necesidad de ello, una interpretación de un derecho fundamental de la Constitución federal que pueda discrepar de la que el Tribunal Constitucional del Land haya realizado tradicionalmente del derecho homólogo contenido en la Constitución del Land. En definitiva, como en todo sistema multinivel, se precisa del diálogo franco, basado en el respeto mutuo y la confianza, entre los diferentes tribunales involucrados.

⁵³ Así la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal. Ver por ejemplo la sentencia reproducida en NVwZ 1994, p. 99 y NJW 1999, p. 1020.

⁵⁴ Vd., para lo que se dirá a continuación, Stern (*supra* nota 5), § 93 II 4 (p. 1512).

7 • Conclusiones

La anterior exposición debe conducir claramente a la conclusión de que, a la luz de la experiencia alemana, carece de fundamento la preocupación relativa a si la recepción de catálogos de derechos fundamentales en las Constituciones de los Länder pudiera conducir al debilitamiento de la necesaria unidad nacional. No hay tal debilitamiento, siempre naturalmente que los órganos e instituciones estatales que están autorizados a interpretar y aplicar los derechos fundamentales garantizados en las Constituciones de los Länder, lo hagan sin perder de vista la necesaria visión de conjunto de la unidad nacional. Esta obligación de realizar un enfoque cuidadoso con los intereses generales tiene a favor la circunstancia de que en el Derecho constitucional alemán se da una concurrencia de procesos dirigidos al aseguramiento de los derechos fundamentales, es decir, de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución federal por parte del Tribunal Constitucional federal, y de los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones de los Länder por parte de los Tribunales Constitucionales de éstos. Lo expuesto en este trabajo muestra cómo los Tribunales Constitucionales de los Länder son conscientes de su especial responsabilidad, y la han asumido mayoritariamente. Bajo estas premisas pueden los catálogos de derechos fundamentales de los Länder funcionar perfectamente, en su aplicación por los Tribunales Constitucionales de éstos, como factores de enriquecimiento y fortalecimiento de la protección del sistema general de derechos fundamentales.

ESTADO REGIONAL Y DERECHOS EN ITALIA

RAFFAELE BIFULCO

*Catedrático de Instituciones de Derecho Público
Universidad Parthenope de Nápoles*

SUMARIO: 1. Las innovaciones de las reformas constitucionales del bienio 1999-2001 y la cuestión de los derechos regionales. 2. La nueva fase estatutaria de las regiones. 2.1. Los enunciados de principio. 2.2. El reconocimiento de derechos. 2.3. Instrumentos de tutela regional de los derechos. 2.4. La jurisprudencia constitucional en materia de derechos regionales. 3. La competencia exclusiva del Estado en materia de derechos: el art. 117.2.m de la Constitución. 3.1. Significado de la cláusula para la forma de Estado. 3.2. Algunos aspectos interpretativos del contenido de la cláusula. 3.2.1. ¿Qué derechos entran en la cláusula? 3.2.2. ¿Qué se entiende por esencial? 3.2.3. Niveles esenciales y prestaciones. 3.2.4. Las fuentes autorizadas a regular los niveles esenciales. 3.3. La participación de las regiones en la determinación de los niveles esenciales. 3.4. El papel de la Corte. 4. Conclusiones.

1 • Las innovaciones de las reformas constitucionales del bienio 1999-2001 y la cuestión de los derechos regionales

La Ley constitucional de 22 de noviembre de 1999, núm.1, ha modificado algunas disposiciones del Título V de la parte II de la Constitución, dedicado al régimen de las regiones, provincias y ayuntamientos, entre ellos el art. 123, en materia de potestad estatutaria. La Ley constitucional de 18 de octubre de 2001, núm.3, incide, aún con mayor profundidad, sobre el mismo Título V, configurando a las regiones, a semejanza de los Estados miembros de las Federaciones, como entes con competencia general y no sólo de atribución, como había ocurrido hasta ahora.

En los Estados compuestos —en particular en aquellos denominados federales, en los que junto al nivel federal están presentes entidades estatales inferiores, a las que la Constitución federal reconoce formas más o menos acentuadas de autonomía política—, la presencia de un doble nivel de catálogos de derechos fundamentales (federal y estatales) es algo cons-

titutivo del modo de ser del ordenamiento jurídico, que contribuye a formar la estructura misma de la forma de Estado.

En estos ordenamientos, en efecto, los Estados miembros —también a causa del hecho de que a menudo en el escenario internacional constituyen entidades estatales independientes y preexistentes respecto del Estado federal al que han contribuido a dar forma— están dotados de autonomía constitucional, característica que implica en general el poder para la entidad en cuestión de dotarse de una Constitución propia y por ello también de unos derechos fundamentales propios.¹ Los catálogos de derechos presentes en las Constituciones estatales han jugado y juegan todavía una función de integración o incluso de supletoriedad respecto del catálogo de derechos de la Constitución federal.²

Surge entonces la pregunta de si, tras las dos importantes reformas constitucionales antes citadas, y respetando la intangibilidad de los derechos fundamentales previstos en la Constitución,³ queda aún espacio para que los estatutos regionales reconozcan derechos y deberes regionales y, en caso afirmativo, dentro de qué límites. Dicha pregunta no es peregrina o meramente académica, y ello al menos por tres causas.

En primer lugar, con las dos reformas mencionadas, el ordenamiento italiano se acerca aún más a las formas de Estado unitario compuesto que son tradicionalmente clasificadas como federales. La transformación del criterio de reparto de las competencias legislativas, la eliminación de los controles estatales sobre los actos regionales, el reforzamiento de la autonomía estatutaria y la atribución de una competencia normativa (casi)

1 Ver por todos el trabajo de M. Olivetti, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali*, Bologna, Il Mulino, 2002. Ver también S. Mangiameli, *Problemi circa la configurabilità di un diritto costituzionale regionale*, en A. Ferrara (ed.), *Verso una fase costituente delle Regioni? Problemi di interpretazione della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 61 y ss. En relación con la situación ordinal anterior a la reforma del Título V cfr. A. D'Atena, *La nuova autonomia statutaria delle regioni*, en *Rassegna parlamentare*, 2000, pp. 600-3.

2 Para un análisis de esta problemática en los principales Estados federales y en el ordenamiento regional italiano tras la entrada en vigor de la Ley constitucional 1/1999, permítaseme remitir a R. Bifulco, *Nuovi statuti regionali e («nuovi») diritti regionali*, en *Giurisprudenza italiana*, 2001, c.1758 y ss.

3 Insisten oportunamente en la indisponibilidad de los derechos fundamentales por parte del legislador estatutario y en la diferencia entre Constitución y estatutos R. Bin, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, en *Le Regioni*, 2005, p. 16 y P. Caretti, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, en *Le Regioni*, 2005, p. 28.

plena en materia de forma de gobierno, son elementos que dan fe de un proceso real de reforzamiento de la autonomía territorial y, en particular, regional.

Estrechamente ligado a este argumento de carácter general, no debe desdiseñarse un elemento de carácter más sistemático. Ha sido subrayada muchas veces la novedad que constituye el nuevo art. 114 que, estructurado sobre la base del principio de subsidiariedad, pone sobre el mismo plano municipios, ciudades metropolitanas, regiones y Estado como entes territoriales que componen la República. Esta equiordenación debiera tener consecuencias sobre el modo de interpretar la reserva de ley de la primera parte de la Constitución, que tiene como objeto la regulación de los derechos fundamentales en los casos en que el titular de la reserva sea precisamente la República.⁴

Si este razonamiento se acepta, se puede avanzar otro para extender su aplicación también a los principios fundamentales, en particular al art. 2 de la Constitución. En éste se afirma que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre. Ya que el art. 114.1 afirma que la República es el Estado, pero que también lo son las regiones, que ejercen la función legislativa según lo dispuesto en el art. 117.1, puede derivarse de esta combinación de preceptos (art. 114.2 y 117.1) la fuente constitucional legitimadora de la previsión de normas estatutarias sobre derechos.

En tercer lugar, con mayor relación con el tema aquí tratado, la ley de revisión del Título V, en el nuevo art. 117 dedicado en particular a la individualización de los criterios de reparto de la competencia legislativa, contiene una disposición que legitima el análisis que sintéticamente se ha efectuado. En la letra m del apartado segundo del mencionado artículo se atribuye al Estado la competencia exclusiva para la «determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados sobre todo el territorio nacional». Uniendo esta previsión al art. 117.4, según el cual corresponde a las regiones la potestad legislativa referida a toda materia no reservada expresamente a la legislación del Estado, la consecuencia interpretativa que se deriva, al menos a primera vista, es que todo lo que rebase la determinación de los niveles esenciales y que corresponda a la materia derechos civiles y sociales (por

4 R. Bifulco, *Nuovi statuti regionali e («nuovi») diritti regionali*, cit., p. 1762-3.

usar la expresión del texto constitucional) corresponde a la competencia legislativa residual de las regiones.⁵

Esta paradójica conclusión debe obviamente entenderse partiendo del carácter de cláusula general del art. 117.2.m) de la Constitución, que persigue, por un lado, asegurar al Estado una competencia general y de base en materia de derechos y, por otro, intenta dejar a las regiones el poder de intervenir, allá donde tengan competencia, sobre todo aquello que vaya más allá del umbral de la esencialidad.⁶

Las páginas que siguen se detendrán primero en la relación entre nuevos estatutos y derechos. El análisis se centrará luego en el examen del art. 117.2.m), que representa la cláusula general sobre reparto de competencias estatales y regionales en materia de derechos.

2 · La nueva fase estatutaria de las regiones

Los derechos fundamentales son objeto de reserva de ley, que hasta las reformas constitucionales de 1999-2001 se interpretó como reserva de ley estatal.⁷ El presupuesto de tal interpretación era la necesidad de una disciplina legislativa general, destinada a todos los ciudadanos, que solo podía ser dictada por una Ley del Estado.⁸

La reforma de la Constitución de 2001, y en particular del art. 117.1 y 4, ha puesto en discusión esta consolidada jurisprudencia constitucional. Si ya no es el Estado sino la región el ente con fines generales, es plausible preguntarse qué papel tienen las regiones en la concreta configuración de

5 En tal sentido R. Romboli, *Premessa a Le modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione*, en *Il Foro Italiano*, 2001, 190. Igualmente cfr. R. Bifulco, *La previdenza complementare nella riforma del Titolo V della Costituzione*, en *Rivista della previdenza pubblica e privata*, 6/2001, p. 63 y ss.

6 Oportunamente, la doctrina ha advertido frente a interpretaciones excesivamente expansivas de las competencias regionales: A. D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, en *Le Regioni*, 2003, p. 1086.

7 La jurisprudencia constitucional, ya antes de la reforma constitucional de 2001, no ha entendido todas las reservas de ley contenidas en la primera parte de la Constitución como reservas de ley estatal: cfr., por ejemplo, la sentencia 921/88 en relación con el art. 9 C.I., y las sentencias 391/89, 379/94 y 190/01 en relación con el art. 42, 2 C.I.

8 Sobre la base de este argumento, A. Lucarelli, *Dagli slogan alla politica delle istituzioni. Il caso degli Statuti regionali*, en *Mezzogiornoeuropa*, 2000, 8, p. 2, considera que los derechos de la persona, incluso después de la reforma del art. 123, no pertenecen a la potestad estatutaria regional.

los derechos fundamentales (en particular a través de una más amplia intervención de la ley regional en las materias afectadas por la reserva de ley).

Pero antes, en 1999, el legislador constitucional había modificado el art. 123, que regula la potestad estatutaria regional, dejando a las regiones la elección más adecuada en materia de forma de gobierno. Los nuevos estatutos, sometidos al único límite de la «armonía con la Constitución», están llamados a regular, además de la forma de gobierno, los principios fundamentales de la organización y funcionamiento, el ejercicio del derecho de iniciativa y de referéndum sobre las leyes y el procedimiento administrativo de las regiones así como la publicación de las leyes y reglamentos regionales.

Ya durante la vigencia de los estatutos precedentes se discutía la cuestión de si, junto a este contenido necesario (en cuanto que previsto directamente por el art. 123) había espacio para contenidos eventuales, entre los cuales por ejemplo podían hallarse normas programáticas y de principio. En la fase de redacción de los estatutos de segunda generación la pregunta fue más allá, extendiéndose a la posibilidad de prever ulteriores y «nuevos» derechos.

Llamados por lo tanto a aprobar nuevos estatutos de contenido renovado y a través de un procedimiento de aprobación interno de las regiones, los legisladores estatutarios regionales han elaborado textos normativos en cuya parte inicial se contienen normas de principio. Aun caracterizándose, en algunos casos, por un excesivo énfasis, estos enunciados de principio contienen sobre todo normas con fines que deben caracterizar la acción regional.⁹ Si bien no es fácil extraer, en estas disposiciones, previsiones normativas que configuren derechos,¹⁰ se puede intentar distinguir ambas tipologías normativas.

2.1 • Los enunciados de principio

En la mayor parte de los casos, los estatutos retoman principios ya contenidos en la Constitución italiana. Es el caso de algunos principios funda-

⁹ Los nuevos estatutos titulan tales disposiciones con expresiones tales como finalidad principal, objetivos, políticas, principios generales, identidad y valores.

¹⁰ E. Rossi, *Derechos de libertad y estatutos regionales. La situación italiana*, en M. A. Aparicio (ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 213.

mentales, como el democrático,¹¹ el de igualdad¹² (y en particular el de igualdad sustancial¹³ y el de igualdad de sexo¹⁴), el de igual dignidad social,¹⁵ de solidaridad,¹⁶ de tutela de las minorías lingüísticas¹⁷, de subsidiariedad¹⁸ y de tutela ambiental.¹⁹

La doctrina ha criticado esta duplicidad, considerada inútil cuando no peligrosa. Sin embargo, tomando como ejemplo la atención que los nuevos estatutos dedican al principio de la tutela ambiental, vale la pena observar que las especificaciones estatutarias no se han de valorar necesariamente como meras duplicaciones. Por una parte, pueden servir para poner al día el estado de la disciplina normativa en la materia;²⁰ por otra, pueden además reforzar los instrumentos de tutela, obligando al legislador regional a tener en cuenta factores no siempre considerados por el legislador estatal.²¹

También en el caso de que los estatutos consagren principios no expresamente presentes en la Constitución, pero ciertamente derivables de ésta, el juicio sobre su inutilidad parece demasiado severo. Es el caso del principio democrático, formulado en algunos casos en sentido fuertemente participativo.²²

Continuando con la tipología, se puede observar que algunas disposiciones responden a cuestiones de actualidad. Entre ellas las disposiciones que aluden a normas pertenecientes al ordenamiento internacional o supranacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos del Hombre, la Carta de Niza o, en el caso del art. 3 del Estatuto de la Toscana, los acuerdos entre los Estados en

11 Cfr. art. 2 Abruzzo.

12 Cfr. art. 2 Abruzzo, 2 Emilia, 3 Marche, 5 Piemonte y 3 Puglia.

13 Cfr. art. 2 Emilia-Romagna y 2 Liguria.

14 Sobre este punto inciden muchos estatutos. Cfr. p. ej. art. 6 Abruzzo, 2 Emilia-Romagna, 2 Liguria, 3 Marche, 13 Piemonte y 6 Puglia.

15 Cfr. art. 2 Emilia-Romagna.

16 Cfr. preámbulo de los Estatutos de Emilia-Romagna y Piemonte, y arts. 2 Calabria, 2 Liguria, 3 Puglia, 3 Toscana y 1 Umbria.

17 Cfr. p. ej. arts. 2 Calabria, 2 Emilia-Romagna y 7 Piemonte.

18 Cfr. p. ej. arts. 2 Abruzzo, 2 Liguria, 2 Marche, 3 Piemonte y 1 Puglia.

19 Cfr. arts. 3 Emilia-Romagna, 2 Liguria, 5 Marche y 6 Piemonte.

20 En tal sentido cfr. arts. 9 Abruzzo y 3 Emilia-Romagna.

21 En tal sentido cfr. art. 7 Calabria, que instituye la *Consulta dell'ambiente*.

22 Cfr. el Estatuto de Emilia-Romagna, y en particular los arts. 15 y 17, dedicados a la educación pública, y el 19 sobre participación de las asociaciones en el procedimiento legislativo, y el art. 12 del Estatuto de Piemonte, en el cual información y participación están estrechamente vinculadas.

torno a la Constitución Europea. No todos los estatutos contienen similares normas de reenvío. Resulta no obstante difícil atribuir a estas disposiciones un valor jurídico particular, fundamentado en la mayor tutela de los ciudadanos de las regiones.

Sorprende también la referencia, en todos los nuevos estatutos, a la obligación para las regiones de mantener y reforzar los vínculos con los ciudadanos residentes en el extranjero.

Signo de los tiempos son también las disposiciones, presentes en todos los nuevos estatutos, que obligan a las regiones a promover políticas de integración de los inmigrantes en la comunidad regional.

2.2 · El reconocimiento de derechos

En cuanto a las disposiciones estatutarias que reconocen derechos, es posible identificar un primer grupo que retoma casos ya presentes en la Constitución. En tal sentido, podemos citar las normas que se refieren genéricamente a derechos fundamentales de la persona²³ o que sancionan derechos a la información o a ser informado,²⁴ a la salud,²⁵ al trabajo,²⁶ a la seguridad social,²⁷ a la educación,²⁸ a la asistencia²⁹ o a la vivienda.³⁰ Relevantes son las específicas atribuciones de derechos sociales (y civiles) a los inmigrantes, prófugos, refugiados y apolíticos.³¹ Muy frecuente es el reconocimiento de derechos de los menores,³² ancianos³³ o minusválidos.³⁴ Más raramente hallamos derechos de los trabajadores,³⁵ consumidores³⁶ o de la familia.³⁷

23 Cfr. preámbulo del Estatuto de Marche.

24 Cfr. art. 14 Puglia.

25 Cfr. arts. 7 Abruzzo, 2 Calabria, 2 Liguria, 5 Marche, 9 Piemonte, 10 Puglia y 4 Toscana.

26 Cfr. arts. 11 Puglia y 4 Toscana.

27 Cfr. art. 2 Calabria.

28 Cfr. arts. 2 Calabria, 14 Piemonte y 12 Puglia.

29 Cfr. art. 10 Puglia.

30 Cfr. art. 10 Piemonte.

31 Cfr. arts. 2 Calabria, 2 Emilia-Romagna, 2 Liguria y 11 Piemonte.

32 Cfr. arts. 6 Lazio, 4 Marche, 5 Puglia y 4 Toscana.

33 Cfr. art. 6 Lazio, 4 Toscana y 5 Puglia.

34 Cfr. art. 6 Lazio y 4 Toscana.

35 Cfr. art. 4 Marche.

36 Cfr. art. 4 Marche.

37 Cfr. art. 5 Puglia.

A las disposiciones citadas pueden extenderse las críticas antes examinadas, reforzadas por la consideración de que, tratándose de derechos, el riesgo de contradicciones es particularmente peligroso. A estas críticas puede no obstante replicarse que la contradicción, si se traduce en una regulación peor para los ciudadanos, puede resolverse aplicando el principio de jerarquía. En los casos en que la regulación regional representase en cambio una ampliación de la situación jurídica del sujeto, las críticas no serían acertadas.

Falta por preguntarse si es posible vislumbrar, en esta reciente normativa regional, verdaderos y propiamente «nuevos» derechos. Es importante aclarar cuál es el término comparativo para establecer ese carácter de novedad. Indudablemente el parámetro es la Constitución, entendida no obstante no en su sentido literal sino en su interpretación evolutiva (realizada en particular por la Corte Constitucional). Respecto a dicho parámetro entendido en sentido dinámico y no estático, los espacios de innovación que quedan a las regiones son ciertamente muy estrechos.

Algunas novedades deben con todo ser mencionadas, como en el caso de algunos artículos que reconocen el derecho de voto a los inmigrantes, al que volveremos en breve, así como el derecho a la seguridad y la educación alimentarias,³⁸ a la paz³⁹ o al pluralismo en los medios de comunicación.⁴⁰ Los Estatutos de Abruzzo, Calabria y Piemonte⁴¹ reconocen los derechos de los animales, mientras Marche y Toscana promueven la cultura del respeto a los animales.⁴²

2.3 · Instrumentos de tutela regional de los derechos

Los legisladores estatutarios han previsto nuevos instrumentos de tutela de los derechos y principios establecidos en los nuevos estatutos.

Entre ellos deben mencionarse en primer lugar aquellos que tienen la naturaleza de órganos de garantía estatutaria. No es preciso entrar en el examen detallado de los mismos, independientes frente a los órganos políti-

38 Cfr. art. 10 Puglia que añade la responsabilidad frente a las generaciones futuras.

39 Cfr. art. 3 Abruzzo, 3 Puglia y 4 Umbria.

40 Cfr. arts. 2 Calabria y 4 Toscana.

41 Cfr. respectivamente los arts. 9, 2 y 6 (así como el preámbulo de Piemonte).

42 Cfr respectivamente los arts. 5 y 4.

cos de las regiones, y bastará decir que entre sus funciones principales está la de valorar la conformidad de las leyes y reglamentos regionales (en su fase de elaboración) con el estatuto.⁴³

Más relevante en la experiencia jurídica de las autonomías territoriales, no sólo regionales, es la institución del Defensor cívico, dirigida directamente a garantizar los principios y derechos recogidos en los estatutos.⁴⁴

Muchos estatutos prevén órganos de garantía con el fin de vigilar (y garantizar) ámbitos (y derechos) más específicos: infancia y adolescencia,⁴⁵ igualdad de oportunidades,⁴⁶ medio ambiente,⁴⁷ o minusválidos.⁴⁸ En algunos está solo prevista la posibilidad de instituir autoridades regionales independientes, con la finalidad de operar «en interés del más completo disfrute de los derechos garantizados».⁴⁹

2.4 · La jurisprudencia constitucional en materia de derechos regionales

Las mayores novedades son las que han dado ocasión de recurrir al Gobierno ante la Corte Costituzionale. Sin entrar en el análisis exhaustivo de las cuestiones planteadas por el Gobierno, procede subrayar que las acusaciones de falta de legitimidad han afectado sobre todo a disposiciones que contienen normas de principio.⁵⁰ Entre las normas

43 Cfr. arts. 79-80 Abruzzo, 57 Calabria, 69 Emilia-Romagna, 68 Lazio, 74 Liguria, 91-92 Piemonte, 47-49 Puglia y 57 Toscana.

44 Cfr. arts. 82 Abruzzo, 6 Calabria, 70 Emilia-Romagna, 69 Lazio, 72 Liguria, 52 Marche, 90 Piemonte y 56 Toscana.

45 Cfr. arts. 71 Emilia-Romagna y 53 Marche.

46 Cfr. arts. 81 Abruzzo, 8 Calabria, 73 Lazio, 54 Marche, 93 Piemonte y 55 Toscana.

47 Cfr. art. 7 Calabria.

48 Cfr. art. 74 Lazio.

49 Cfr. en estos términos el art. 50 Puglia y los arts. 71 Liguria y 55 Marche. El art. 83 del Estatuto de Abruzzo, asimismo, prevé el Observatorio de los Derechos «con la finalidad de verificar constante y periódicamente la actividad y el estado de la actuación e iniciativas relativas a las disposiciones del Título I» (es decir, las disposiciones de principio).

50 Entre éstas, en particular, al art. 3.6 Toscana, según el cual «la región promueve, en el respeto a los principios constitucionales, la extensión del derecho de voto a los inmigrantes»; el art. 2 Emilia-Romagna, que indica que «la región orienta su actuación prioritariamente a los siguientes objetivos: (...) f) el disfrute de los derechos sociales de los inmigrantes, los extranjeros prófugos refugiados y apátridas, en el ámbito de las facultades que le son constitucionalmente reconocidas, el derecho a voto de los inmigrantes residentes»; el art. 4 h) Toscana, que tras prever entre las «finalidades principales» la «tutela y la promoción de la familia fundada en el

impugnadas hay no obstante también disposiciones que prevén derechos.⁵¹

Como se ha dicho, estas disposiciones han llegado a la Corte con la impugnación del Gobierno. La Corte, en vez de pronunciarse sobre si las cuestiones planteadas por éste tenían o no fundamento, ha declarado su inadmisibilidad por inidoneidad lesiva de los enunciados de principio, estableciendo que a éstos les debe ser reconocida sólo una función «de naturaleza cultural o incluso política, pero ciertamente no normativa».⁵²

Al lado de la cuestión de la técnica decisional adoptada (la declaración de inadmisibilidad en vez de pronunciarse sobre el fondo) la solución de la Corte, que «desnormativiza» partes importantes de los nuevos estatutos,⁵³ no convence porque deja abiertas muchas cuestiones, que a continuación sintetizaré:

A) La no equiparación de los enunciados de principio a las normas programáticas

Según la Corte los enunciados de principio de los nuevos estatutos no serían asimilables a las normas programáticas de la Constitución, «a las cuales, por su valor de principios, se les ha reconocido habitualmente no sólo un valor programático ante la futura regulación legislativa, sino sobre todo una función de integración e interpretación de las normas vigentes». Así pues, «no estamos en presencia de cartas constitucionales, sino sólo de fuentes regionales “de competencia reservada y especializada”, es decir de estatutos de autonomía, que, si bien están constitucionalmente garantizados, deben “estar en armonía con los preceptos y los principios derivados de la Constitución”».⁵⁴

matrimonio», añade tras ello «el reconocimiento de las demás formas de convivencia»; y el art. 9 Umbria, a tenor del cual la región reconoce los derechos de la familia y adopta las medidas idóneas para favorecer la consecución de las funciones que la Constitución le confía. Tutela también otras formas de convivencia».

51 Cfr. art. 15.1 Emilia-Romagna, según el cual «la región, en el ámbito de las facultades que le están constitucionalmente reconocidas, reconoce y garantiza a todos aquéllos que residen en un ayuntamiento del territorio regional los derechos de participación contemplados en el presente título, incluido el derecho de voto en el referéndum y las demás formas de consulta popular».

52 Cfr. sent. 372, 378 y 379/2004.

53 Habla de «desnormativización» de una fuente de innegable valor jurídico A. Ruggeri, *La Corte, la «denormativizzazione» degli statuti regionale e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, en *Le Regioni*, 2005, p. 42.

54 Sent. 372/2004, p. 2 de los fundamentos de Derecho.

La cuestión que se plantea es: ¿por qué motivo no pueden admitirse normas programáticas reales en los estatutos regionales? La respuesta más radical y lúcida afirma, en síntesis, que «nada de cuanto comúnmente se acepta como canon interpretativo específico de la Constitución (...) parece transferible a la interpretación de los estatutos».⁵⁵ Para compartir esta tesis, haría falta no obstante aceptar que la norma programática sea una norma típica y exclusivamente constitucional. De hecho, es posible afirmar, desde un punto de vista de teoría general, que tal tipo de norma es posible en cualquier texto normativo dirigido a orientar la actividad futura de órganos autorizados a producir normas.⁵⁶

Tampoco la objeción según la cual, a través de las disposiciones programáticas, la mayoría política que actualmente domina el Consiglio regional no puede pretender poner vínculos a las mayorías futuras del Consiglio y del Parlamento nacional, parece demasiado convincente.⁵⁷ Al razonar así se devalúan, por un lado, las decisiones estatutarias en materia de forma de gobierno y de principios fundamentales de organización y funcionamiento, que vinculan necesariamente a las mayorías futuras, y por otro, las mismas previsiones constitucionales que han configurado los estatutos regionales como actos legislativos de naturaleza reforzada. Las únicas medidas que debieran tomarse por tanto en consideración son la relativa a la armonía con la Constitución y la de los confines señalados a las competencias regionales.⁵⁸

B) *Las decisiones sobre la eficacia del enunciado*

La Corte ha atribuido a las disposiciones impugnadas una eficacia no jurídica, sino solo político-cultural, aun hallándose en el interior de un texto eminentemente normativo.

La cuestión a plantear es: ¿puede la Corte atribuirse este poder? A favor de una respuesta afirmativa se puede ciertamente observar que existe la inter-

⁵⁵ Bin, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, cit., p. 18.

⁵⁶ Sobre este punto A. Anzon, «*L'inefficacia giuridica*» di norme «*programmatiche*», en www.costituzionalismo.it, p. 2; M. Benvenuti, *Le enunciazioni statutarie di principio nella prospettiva attuale*, en R. Bifulco (ed.), *Gli statuti di seconda generazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 54.

⁵⁷ En este sentido Bin, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, cit., p. 17 y M. Cammelli, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, en *Le Regioni*, 2005, p. 23.

⁵⁸ Anzon, «*L'inefficacia giuridica*» di norme «*programmatiche*», cit., p. 2.

pretación abrogativa, mediante la cual se decide no reconocer un determinado significado a una disposición; o incluso que la Corte ha declarado infundada e inadmisibile la cuestión razonando sobre la eficacia jurídica de las disposiciones impugnadas. Admitido todo ello,⁵⁹ deja perplejo la distinción operada por la Corte que separa, en el interior del mismo texto normativo, disposiciones con carácter normativo y disposiciones (consideradas) privadas de dicho carácter. Tal distinción podría tener un sentido en el caso de los preámbulos que, en algunos estatutos, preceden a los artículos estatutarios,⁶⁰ pero no en el caso de disposiciones contenidas en dicho articulado. Actuando así, la Corte se arroga un papel que no le es propio, sino que es propio del legislador.⁶¹

c) Las consecuencias sobre el principio de seguridad jurídica

La principal cuestión no resuelta es ésta: ya que los enunciados de principio están privados de eficacia jurídica, ¿pueden por tanto tener cualquier contenido, incluso manifiestamente contrario a la Constitución? Es evidente que una eventual respuesta afirmativa, aun siendo posible si se parte de la lógica de la sentencia constitucional citada, tendría efectos devastadores para la seguridad jurídica.⁶²

Estrechamente ligada a la cuestión estudiada está la de aclarar si también otras fuentes subordinadas a la Constitución tienen esa característica de los estatutos, esto es, la de combinar normas jurídicas y enunciados con funciones político-culturales.⁶³ Evidentemente, para evitar derivas interpretativas muy peligrosas para el sistema jurídico, la única respuesta razonable, acogiendo una sugerencia doctrinal, es la de circunscribir esa característica a la fuente «estatuto regional».⁶⁴

59 Son estos los argumentos utilizados por Bin, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, cit., p. 15.

60 Es este el caso del Estatuto de Emilia-Romagna, Liguria y Marche.

61 Sobre este punto, muy claramente, cfr. Anzon, «L'inefficacia giuridica» di norme «programmatiche», cit., p. 3; M. Pedetta, *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle «forme di convivenza» mettendoli nel limbo (sentt.nn.372, 378 e 37904)*, en www.forumcostituzionale.it, p. 2

62 A propósito de ello cfr. las observaciones puntuales de G. Falcon, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, en *Le Regioni*, 2005, pp. 33-34.

63 T. Groppi, *I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 10.

64 Así Groppi, *I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, cit., p. 10.

D) Efectos jurídicos de los enunciados de principio

La Corte ha negado expresamente efectos jurídicos a las disposiciones de principio. La cuestión no resuelta es: visto que tales disposiciones no han sido invalidadas, ¿es de verdad imaginable que no desplieguen efectos jurídicos? No obstante la tesis de la Corte, en realidad no es posible negar futuros efectos jurídicos, al menos de tipo interpretativo, a las disposiciones examinadas.⁶⁵ No pocos de los enunciados de principio y de los derechos tienen vínculos con normas de carácter organizativo del estatuto, como en el caso del citado art. 83 del Estatuto de Abruzzo que instituye el Observatorio de los Derechos «con la finalidad de verificar constantemente y periódicamente la actividad y el estado de actuación de las iniciativas relativas a las disposiciones del Título I» (es decir, las disposiciones de principio) o del art. 5 del Estatuto de Toscana según el cual «la Región asume como base de su acción los principios y derechos del presente título, cuyo estado de aplicación verifica periódicamente».

El problema se plantea con particular urgencia en el caso de los estatutos que están en fase de elaboración. ¿Qué eficacia tendrán los enunciados de principio de los nuevos estatutos? ¿Quién y cómo establecerá, sobre todo en el caso de falta de impugnación, que una determinada disposición contiene un enunciado de principio, privado de eficacia jurídica?

La predecible inseguridad jurídica no puede ser resuelta a través del reenvío a la *sedes materiae*, sosteniendo que la disposición es un enunciado de principio sólo porque está contenida en la parte inicial del estatuto. Entre otras cosas, precisamente en la sentencia 379/2004, la cuestión de constitucionalidad relativa al art. 1.5 párrafo 1 del Estatuto de Emilia-Romagna, según el cual «la Región, en el ámbito de las facultades que le son constitucionalmente reconocidas, reconoce y garantiza a todos aquellos que residen en un ayuntamiento del territorio regional los derechos de participación contemplados en el presente título, incluido el derecho al voto en los referenda y en otras formas de consulta popular» ha sido declarada infundada, y no inadmisibles, a causa de la «segura competencia regional» de las regiones en materia de derechos de participación.⁶⁶ Es una demos-

⁶⁵ En tal sentido cfr. Cammelli, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., 22; Falcon, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, cit., 32-3.

En el sentido de la ausencia de toda eficacia jurídica vd. G. Severini, *Cosa ha detto la Corte costituzionale sullo Statuto umbro*, en www.federalismi.it, 16 dicembre 2004, p. 3.

⁶⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. 379/2004, p. 4 de los fundamentos de Derecho.

tración de que enunciados de principio y derechos pueden estar contenidos también fuera del apartado de los principios.⁶⁷

Es por tanto difícil imaginar cuál sea el efectivo «destino» de estas disposiciones, y ello al menos por dos razones: ante todo, tales disposiciones forman un todo con las otras, e incluso la mayor parte de los nuevos estatutos dedica no poca atención a su garantía y tutela;⁶⁸ en segundo lugar, precisamente porque están aún presentes en el texto del estatuto, pueden continuar inspirando la acción legislativa y administrativa de las regiones, mientras los jueces, por su parte, podrán considerar la aplicación de los enunciados de principio.⁶⁹

3 · La competencia exclusiva del Estado en materia de derechos: el art. 117.2.m de la Constitución

Estudiado el nivel regional, es preciso atender ahora al nivel constitucional. La reforma constitucional de 2001 ha reforzado los poderes regionales, en numerosos aspectos, de la autonomía legislativa, administrativa y financiera.

Limitándonos a una visión general, la Región, y no el Estado, es el ente con competencia general (art. 117.4). Estado y regiones están sometidos a los mismos límites en el ejercicio de la función legislativa (art. 117.1). Las funciones administrativas se atribuyen a los municipios, salvo que concurren exigencias que justifiquen la avocación respecto de un gobierno superior (art. 118.1). La autonomía financiera está también garantizada por el art. 119, que, no obstante, en el momento actual está todavía en fase de puesta en práctica. Se han eliminado los controles del Estado sobre los

⁶⁷ Sobre esto Falcon, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, cit., p. 31-2, quien, tomando en consideración la declaración de falta de fundamento del art. 15.1 Emilia-Romagna, considera que el *dictum* de la Corte no debería entenderse en el sentido de que las normas que están fuera del contenido estrictamente necesario del estatuto no tienen contenido jurídico, sino que esto último se refiere sólo a aquéllas que pertenecen a ámbitos en los que la competencia regional sea cuando menos incierta.

⁶⁸ El art. 5 Estatuto Toscana, titulado «verificación de los principios y derechos» afirma además que «la región asume como base de su acción los principios y derechos del presente título, de los cuales verifica periódicamente su estado de aplicación». El art. 5 Abruzzo se titula «La garantía de los derechos».

⁶⁹ En este sentido Pedetta, *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali*, cit., p. 2. En contra, D'Atena, *I nuovi statuti regionali ed i loro contenuti programmatici*, cit., p. 6.

actos administrativos regionales a través de la derogación y modificación de los arts. 124, 125 y 127 Const.

En este momento no es posible descender al detalle de estos aspectos. Debe decirse no obstante que el reforzamiento notable de la autonomía regional está encauzado de manera que, en las diversas fases en que se articula la relación entre Estado y regiones, se hallan los mecanismos que aseguran al Estado la garantía de las instancias unitarias (el anterior texto constitucional hablaba de *intereses nacionales*, alusión derogada en la reforma del 2001).

Es aquí cuando entra en juego la cláusula que atribuye al Estado la «determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional», contenida en el art. 117.2, que indica las materias propias de la competencia exclusiva del Estado. En el curso del mismo listado y en los sucesivos epígrafes contenidos en el apartado 3 (competencia concurrente entre Estado y regiones) se encuentran otras materias que recaen sobre derechos civiles y sociales.⁷⁰

La cláusula contenida en la letra m) del art. 117.2, que retoma una formulación ya difundida en la legislación ordinaria,⁷¹ es aún la norma más problemática en la determinación de las competencias legislativas en materia de derechos porque, a diferencia de las otras materias contenidas en las dos listas, se formula como una cláusula general, aspirando a aplicarse sobre un objeto extremadamente amplio (la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales).⁷²

⁷⁰ Respecto al segundo apartado baste leer las letras n) y o), y respecto al tercero podemos reenviar a materias como: tutela y seguridad en el trabajo, instrucción, investigación científica, tutela de la salud, etc.

⁷¹ E. Balboni, *Il concetto di «livelli essenziali e uniformi» come garanzia in materia di diritti sociali*, en *Le istituzioni del federalismo*, 2001, p. 1103 y ss.; L. Chieffi, *Allocazione delle risorse e ambiti di tutela del diritto alla salute. Riflessioni in tema di determinazione dei livelli essenziali di assistenza e dei criteri di priorità*, en *L'arco di Giano*, 32, 2002, p. 111 y ss.

⁷² A. Ruggeri, *L'oscuro volto del neoregionalismo*, en Id., «*Itinerari*» *di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 1, Torino, Giappichelli, p. 11, observa que la fórmula en cuestión «reasume en sí misma el entero ciclo de la historia de las trabajosas relaciones entre Estado y regiones y les otorga la más emblemática representatividad, declarando abiertamente que pueden transmitirse ulteriormente en el tiempo».

3.1 · Significado de la cláusula para la forma de Estado

Desde el punto de vista de la tipología normativa, la disposición es una cláusula general. Esta naturaleza ha sido evidenciada pronto por la doctrina, que no ha dejado de señalar los riesgos conexos tanto a una interpretación demasiado rígida, que acabase por frustrar el criterio de reparto concurrente, como a una interpretación demasiado laxa, que devaluara el sentido de la noción de ciudadanía nacional.⁷³

No faltan tampoco reflexiones que han propuesto comparaciones entre esta cláusula y las contenidas en las Constituciones alemana, española y portuguesa en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales.⁷⁴

La cláusula de los niveles esenciales, aun cuando consiente indudablemente dicha comparación, no parece prevista con la misma finalidad. Si bien se mira, a tenor de su ubicación tiene como fin principal trazar una línea de separación entre legislación estatal y regional en materia de tutela de los derechos más que establecer para cada derecho fundamental un contenido insuprimible y esencial. En otros términos: la atribución al Estado de la determinación de las «prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional» pero sólo en lo que respecta a los niveles esenciales, parece dirigida a asegurar a aquél una competencia general y básica en materia de derechos, dejando a las regiones el poder de intervenir, allá donde tengan competencia, en todo aquello que vaya más allá del umbral de la esencialidad.⁷⁵

73 N. Lupo, *Alcune riflessioni sul Parlamento alla luce del nuovo titolo V Cost.*, en <http://amministrazioneincammino.luiss.it>

74 Cfr. art. 19.1 Constitución alemana: «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial»; art. 53.1 Constitución española: «los derechos y libertades reconocidos en el *Capítulo II del presente título* vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por *ley*, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el *art. 161.1 a)*»; art. 18.3 Constitución portuguesa: «las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales».

75 Esta interpretación parece recibir una importante, aunque también incidental, confirmación en la sent. 282/2002 en la que la Corte, a propósito del art. 1 de la ley regional impugnada que declara perseguir «la finalidad de tutelar la salud de los ciudadanos y garantizar la integridad física de la persona», afirma que contiene «una genérica enunciación de finalidad, *que por sí misma no excede de la competencia de la región*» (cursiva nuestra). En el sentido del texto cfr. R. Bifulco, «*Livelli essenziali*», *diritti fondamentali e statuti regionali*, en T. Groppi, M. Olivetti

Como se dijo, la cláusula representa uno de los mecanismos de cierre de la nueva disciplina constitucional de las relaciones Estado-regiones, dirigida a tutelar la unidad del ordenamiento.

3.2 · Algunos aspectos interpretativos del contenido de la cláusula

El art. 117.2.m presenta novedades de naturaleza conceptual y dogmática sobre las que conviene detenerse.

3.2.1 · ¿Qué derechos entran en la cláusula?

La cláusula se refiere genéricamente a los derechos, sin más especificación.⁷⁶ Cabe preguntarse entonces si la disposición puede referirse sólo a los derechos constitucionales o, más ampliamente, a todos los derechos. En una primera lectura, la terminología usada por el legislador constitucional, que se ha referido sólo a los derechos civiles y sociales, parecería responder a una delimitación del área de los derechos aludidos por la cláusula. Pero la indicación textual no puede considerarse taxativa en cuanto que aquél ha hecho únicamente una genérica indicación a derechos que necesitan de prestaciones para ser efectivos.

La respuesta debe así buscarse en el fin de la norma que, como se ha dicho, intenta establecer, al mismo tiempo, una cláusula de salvaguarda de los derechos mediante una línea (movible) que corta horizontalmente todos los derechos que necesitan prestaciones para ser garantizados en todo

(a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 143; E. Pesaresi, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute»: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, en *Giur.cost.*, 2006, p. 1738, según el cual, dentro del límite al respeto de los principios fundamentales, las Regiones pueden reivindicar una competencia para disciplinar los derechos fundamentales. Como ya se dijo, la doctrina ha puesto en guardia ante una interpretación de la cláusula expansiva al máximo de las competencias regionales: A. D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, en *Le Regioni*, 2003, p. 1086.

⁷⁶ Se utiliza un término doctrinal: derechos sociales. La doctrina ha observado que a través de esta disposición la problemática categoría de los derechos sociales encuentra un definitivo reconocimiento constitucional: D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico, cit.*, p. 1098. Desde otra perspectiva ha sido saludada positivamente la extensión de la salvaguarda de los niveles esenciales también a los derechos civiles: M. Lucinai, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett.m) della Costituzione*, en *Politica del diritto*, 2002, p. 350.

el territorio. Los derechos en cuestión no son sólo aquéllos que están directamente garantizados por la Constitución sino todos aquéllos cuyo nivel esencial de prestaciones «debe ser garantizado en todo el territorio nacional». ⁷⁷ A esto apunta también el argumento literal de la ausencia de una referencia explícita a los derechos garantizados por la Constitución, como en cambio ocurre en la cláusula constitucional del contenido esencial.

3.2.2 · ¿Qué se entiende por esencial?

Entre los aspectos más controvertidos desde el punto de vista de la interpretación se halla la definición del concepto de esencial. Hasta el momento se ha subrayado la dificultad, o incluso la imposibilidad, de definir con carácter general qué es lo esencial y qué no lo es. ⁷⁸

También a causa del hecho de que en la legislación de rango ordinario se ha recurrido al concepto de niveles mínimos (en lugar de al de niveles esenciales) la doctrina se pregunta si hay una diferencia efectiva entre uno y otro. La respuesta no ha sido unívoca, debido en parte al uso indiferenciado de los términos esencial y mínimo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en parte a la referencia al concepto de contenido esencial. Mientras algunos autores niegan que exista una sustancial diferencia, ⁷⁹ otros admiten, más limitadamente, la existencia de puntos de contacto entre la terminología usada por el art. 117 y la de contenido esencial. ⁸⁰

Como puede intuirse, la cuestión no es solo terminológica. No conviene plenamente el reenvío al concepto de contenido esencial utilizado en la interpretación de los derechos fundamentales en razón de la diferente finalidad de los dos conceptos. La *Wesensgehaltsgarantie*, como se ha dicho, tiene la función de garantizar el contenido mínimo indisponible para el legislador, sea federal o estatal; la cláusula de garantía del art. 117.2.m, pretende

⁷⁷ En cuanto a los derechos contenidos en la cláusula sostienen una lectura «abierta» de la misma Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., p. 351; D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., pp. 1103-4.

⁷⁸ Ruggeri, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, en www.federalismi.it, p. 11. Evidencian también la relatividad de la noción: *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., p. 352; D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., p. 1083; Pesaresi, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»*, cit., p. 1741.

⁷⁹ D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., p. 1083.

⁸⁰ Pesaresi, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»*, cit., p. 1741.

en cambio garantizar de manera exclusiva al legislador estatal el poder de determinar un contenido uniforme a todos los derechos que necesitan prestaciones y que deben ser garantizados sobre todo el territorio nacional.

La reconducción de la función de la cláusula del art. 117 a la de la cláusula alemana, española o portuguesa del contenido esencial tendría por otra parte el efecto de rebajar injustificadamente el nivel esencial de las prestaciones, obligando a los individuos a recurrir a vías de aseguramiento individual.⁸¹

Resulta por ello difícil decantarse por una acepción del término esencial en el sentido de mínimo.⁸²

3.2.3 · Niveles esenciales y prestaciones

Otro aspecto importante en la interpretación de la cláusula de los niveles esenciales es el de la relación entre niveles esenciales y prestaciones. Dado que el precepto habla de niveles esenciales de las prestaciones y no de prestaciones esenciales, la doctrina se pregunta, quizá de modo un poco abstracto, si la garantía tiene como objeto los niveles esenciales o las prestaciones. La doctrina mayoritaria ha optado por una sustancial coincidencia entre estas dos nociones,⁸³ con apoyo en la jurisprudencia constitucional que, en la sentencia 282/02, ha afirmado que el art. 117.2.m permite al legislador estatal «dictar las normas necesarias para asegurar a todos, en todo el territorio nacional, el disfrute de las prestaciones garantizadas, como contenido esencial de tales derechos, sin que el legislador regional pueda limitarlas o condicionarlas». De la lectura de este pasaje parece efectivamente que sean las prestaciones las que constituyen el contenido esencial de los derechos.

⁸¹ Sobre ello cfr. ampliamente L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 106-116.

⁸² En tal sentido también S. Gambino, *Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparatistica*, en Id., *Regionalismo, federalismo, Devolution. Competenze e diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 60.

⁸³ En el sentido de la superposición cfr. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., p. 351; D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., p. 1108; M. Olivetti, *L'effettività del principio di eguaglianza negli ordinamenti multilevel: i sistemi tedesco, spagnolo e italiano a confronto*, en G. Berti, G. C. De Martin (eds.), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 146; en el sentido de la distinción Cuocolo, *La tutela della salute*, cit., pp. 120-3.

3.2.4 · Las fuentes autorizadas a regular los niveles esenciales

Conviene ahora dejar los aspectos definitorios y de contenido para pasar al examen de los aspectos que más de cerca afectan al tema de las fuentes (y los sujetos) autorizados a regular los niveles esenciales.

Está fuera de duda el papel prioritario de la ley estatal.⁸⁴ La doctrina, atenta a la evolución de la práctica, ha subrayado que la norma primaria pudiera limitarse a una función de regulación de base, dejando la ulterior especificación a actos administrativos o en cualquier caso infra-legales.⁸⁵

La cuestión más compleja es la relación entre esta intervención del legislador y las materias de competencia regional. En este punto es indispensable partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha precisado, a propósito del art. 117.2. m, que «no se trata de una materia en sentido estricto, sino de una competencia del legislador estatal idónea para intervenir en *todas las materias* respecto de las cuales el legislador debe poder dictar las normas necesarias para asegurar a todos, sobre todo el territorio nacional, el disfrute de las prestaciones garantizadas, como contenido esencial de tales derechos, sin que la legislación regional pueda limitarla o condicionarla» (cursiva nuestra).

La decisión de la Corte confirma así las intuiciones doctrinales que habían sostenido que, con base en la cláusula examinada, la determinación de los niveles esenciales pudiera llevarse a cabo en relación con todas las materias, incluso aquéllas de competencia primaria (de las regiones de autonomía especial o de las provincias autónomas) o residual regional,⁸⁶ con la

⁸⁴ Cfr. también sent. 88/03.

⁸⁵ En tal sentido Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., p. 354; D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., p. 1123; se adhiere Pesaresi, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»*, cit., p. 1760.

⁸⁶ En tal sentido cfr. A. Ruggeri, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, en *Diritto e società*, 2001, pp. 202-3, según el cual, en el ámbito de la potestad legislativa exclusiva del Estado y en referencia sólo a la materia derechos, de la combinación entre la letra m) y otras disposiciones que reconocen competencia plena al Estado, se derivaría un efecto limitativo del campo de intervención estatal, correspondiendo a éste, por lo que se refiere a las prestaciones, sólo la definición de los niveles esenciales. En el ámbito de la potestad concurrente, de la letra m) se derivaría un efecto de ampliación para el Estado, por cuanto su intervención no se limitaría a la fijación de los principios sino que comprendería toda norma dirigida directamente a la fijación de los niveles esenciales; Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., p. 354; Bifulco, «*Livelli essenziali*», *diritti fondamentali e statuti regionali*, cit., pp. 143-5.

consecuencia de que todas las veces que la ley estatal se limitara a llevar a cabo una función reguladora general, los ulteriores actos estatales infralegales en la materia podrían recaer sobre materias de competencia regional.

Para compensar este desequilibrio debe recordarse que las leyes estatales, cuando intervengan en la regulación de derechos vinculados con competencias regionales, deben atenerse a la determinación de los niveles esenciales, dejando que todo lo que vaya más allá de dicha esencialidad sea objeto de regulación regional.

3.3 · La participación de las regiones en la determinación de los niveles esenciales

A causa de las inevitables interferencias a través de competencias estatales que la Corte conceptúa como transversales, se hace necesario afrontar la cuestión de la determinación consensual de los niveles esenciales. Dos son los posibles niveles de integración de las regiones.

El primero atañe al nivel legislativo. La revisión constitucional de 2001 no ha modificado el bicameralismo perfecto que aún distingue al sistema parlamentario italiano. En el último artículo de la Ley de reforma, el art. 11, se prevé que la Comisión parlamentaria para cuestiones regionales pueda estar integrada por representantes de las autonomías regionales y expresar su parecer, con efectos potencialmente gravosos para el procedimiento legislativo, sobre los proyectos de ley relativos a los arts. 117.3 y 119.⁸⁷

Sobre el encabalgamiento de competencias cfr. la reciente sent. 80/07 en materia de listas de espera y actividad de verificación del respeto a los estándares cuantitativos y cualitativos en las prestaciones sanitarias. En el plano general la Corte afirma que la materia afecta a la asistencia sanitaria (así definida en el Estatuto de Trentino Alto-Adige), en la cual opera la competencia estatal exclusiva del art. 117.2.m). Aun reconociendo en abstracto la prevalencia del título del 117.2.m, la Corte resuelve el conflicto a favor de la provincia de Bolzano por el hecho de que el estatuto atribuye tal materia a la competencia primaria de la provincia. Cfr. también la sent. 162/07 que considera prevalente el título del art. 117.2.m respecto a la competencia concurrente de la provincia de Bolzano en materia de tutela de la salud.

⁸⁷ Se transcribe por comodidad el texto del art. 11: (1) «En la revisión de las normas del Título I de la parte segunda de la Constitución, los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado de la República pueden prever la participación de representantes de las regiones, las provincias autónomas y los entes locales en la Comisión parlamentaria para las cuestiones regionales»; (2) «Cuando un proyecto de ley relativo a las materias del art. 117.3 y del art. 119 de la Constitución contenga disposiciones sobre las que la Comisión parlamentaria para las cuestiones regionales, integrada en el sentido del apartado 1, haya expresado su parecer

No es posible entrar en el examen detallado de las cuestiones que se plantean a propósito de la integración de la Comisión con representantes de las autonomías. Pero puede decirse con bastante seguridad que, cualquiera que sea la efectiva realización de dicha integración, la Comisión representará un primer paso efectivo en la dirección de una Cámara de las regiones (o menos probablemente de las autonomías). A la Comisión podrían serle sometidos los proyectos de ley relativos a la determinación de los niveles esenciales. Veamos cómo.

Si es cierto que dicha determinación entra dentro de las materias del art. 117.2, y por ello no entre las sujetas al parecer de la Comisión, no es menos cierto que los niveles esenciales deben ser financiados. Por esta vía, son atraídos por el art. 119 y los proyectos de ley relativos a los niveles esenciales podrían ser sometidos a la Comisión.

La otra forma de involucrar a la Comisión pudiera venir de la previsión por la cual aquélla interviene en todas las cuestiones o materias que afectan a intereses de uno de los entes territoriales de los que habla el art. 11.1, estableciendo que los representantes de las autonomías participan en todos los trabajos de la Comisión, a excepción de los previstos en el art. 126.1 de la Constitución, y obviamente en las actividades deliberativas relativas a la Constitución de la Comisión.⁸⁸

Si la regla expresa del proyecto de modificación de los reglamentos parlamentarios se convirtiera en Derecho vigente, nos encontraríamos ante una hipótesis mínima de procedimentalización de la determinación de los niveles esenciales implicando a los niveles de gobierno territoriales diferentes del Estado. Con base a este esquema, la participación de los entes territoriales estaría garantizada cada vez que en un proyecto legislativo se

contrario o bien su parecer favorable condicionado a la introducción de modificaciones expresamente formuladas, y la comisión que ha desarrollado el examen no se adecue a ello, la Asamblea deliberará sobre las partes

correspondientes del proyecto de ley por mayoría absoluta de sus componentes».

88 Esto no implica naturalmente que el parecer expresado por la Comisión sobre materias diferentes a las enunciadas en el art. 11.2 produzca los efectos previstos. En los no pocos casos en que disposiciones del nuevo Título V reenvían a Leyes del Estado para la regulación ulterior de materias o cuestiones que afectan de cerca a los intereses de las regiones o de otros entes territoriales, la CPQR, aun pudiendo emitir su propio parecer, no podrá demorar el procedimiento legislativo posterior. La elección del legislador, desde una perspectiva de oportunidad, debe ser compartida en tanto que, extendiendo la participación de la CPQR a todos los trabajos, contribuye a configurar la Comisión como una importante sede de representación de los intereses territoriales.

tocasen cuestiones o materias de interés de los entes mencionados, y en particular se fijasen los niveles esenciales de las prestaciones de determinados derechos civiles y sociales.⁸⁹

Pasamos ahora al segundo nivel al que se hacía referencia antes. En la práctica, las regiones no son extrañas a la actividad de concreción del art. 117.2.m. A través de la Conferencia Estado-regiones, de hecho, éstas han intervenido en la determinación de los niveles esenciales relativos a aquellos derechos, como el derecho a la salud y a la asistencia, en los que el entrelazamiento de competencias es muy fuerte. Puede ser útil hacer una breve referencia a los niveles esenciales de las prestaciones sanitarias.

En la Ley de reforma sanitaria de 1978 se encuentra el núcleo básico de la disciplina de los niveles esenciales sanitarios: el art. 3 de la Ley 833/1978 establece el principio según el cual «la Ley del Estado, en materia de aprobación del Plan sanitario nacional» debe fijar los «niveles esenciales de las prestaciones que deben ser garantizados a todos los ciudadanos».

La normativa posterior ha fiado la definición de los niveles (uniformes) de asistencia sanitaria a acuerdos entre el Estado y las regiones, conforme a lo previsto en el art. 6 del Decreto ley 347/01, modificado por la Ley de conversión 405/01.

El Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 29.11.2001, asumiendo el acuerdo tomado en la Conferencia permanente el 22.11.01, ha definido los nuevos niveles esenciales de asistencia.

El art. 54 de la Ley 289/02 (presupuestos 2003) ha confirmado que «las prestaciones reconducibles a los niveles de asistencia garantizados por el Servicio Sanitario Nacional» son los del citado DPCM de 29.11.01.

La legislación estatal posterior ha confirmado el citado sistema de determinación de dichos niveles, sin sustanciales modificaciones.

El brevísimo *excursus* permite afirmar que, aun cuando todavía imperfecto, el sistema de las Conferencias (que hoy en Italia se articula en torno a tres) suple la ausencia de una segunda Cámara de las regiones.

⁸⁹ D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., pp. 1126-7; Cuocolo, *La tutela della salute tra nero-regionalismo e federalismo*, cit., pp. 105-6 y 267-8.

3.4 · El papel de la Corte

Como en el caso de los estatutos, también en materia de niveles esenciales de las prestaciones debe jugar la Corte, en ausencia de un Senado de las regiones, el (ingrato) papel de árbitro de las relaciones Estado-regiones. Hemos citado ya la sentencia 282/2002, en la que la Corte ha precisado que la letra m) no contiene una materia sino una competencia transversal, limitándose a levantar acta de la estructura de la norma contenida en el art. 117.2.m.

Pero ha de subrayarse expresamente que la Corte se opone hasta ahora a una interpretación extensiva en favor del Estado, afirmando la tesis según la cual la cláusula no puede utilizarse para fijar el fundamento constitucional de la disciplina de enteros sectores materiales.⁹⁰ En la sentencia 370/2003, se precisa que la cláusula es pertinente sólo en los casos en que la regulación estatal identifique los niveles esenciales de las prestaciones relativas a un determinado derecho civil o social, disciplina que debe presentar «características sustanciales y formales», y ello no sólo en lo que respecta al contenido sino también en lo que atañe al procedimiento de formación de dicha norma.⁹¹

En la sentencia 320/2004 la Corte afirma que el poder estatal de determinación de los niveles esenciales no puede transformarse en una actuación directa por parte del Estado corrigiendo hipotéticas regulaciones diferenciadas de las regiones, porque a ello responden otros poderes, como el sustitutivo.

4 · Conclusiones

El estado de salud de los derechos, en todo ordenamiento, depende de muchos factores, no solo jurídicos. En el caso de los derechos regionales, el recorrido de afirmación y de actuación apenas se ha iniciado y es muy complejo. En la inmediatez de las reformas constitucionales de 1999-2001 la atención de todos se puso en el papel de los nuevos estatutos, también porque eran fuertes los impulsos, no sólo en la doctrina, de entenderlos como pequeñas Constituciones regionales.

⁹⁰ Cfr. sent. 88/03, 383/03; 6/04, 423/04; 120/05, 271/05, 285/05, 383/05, 467/05; 181/06, 248/06.

⁹¹ Esto ha sido posteriormente aclarado en la sent. 88/03.

Por cuanto pudieran innovar, los nuevos estatutos se han formado en el seno de un proceso federal (si se quiere usar este adjetivo cargado de simbología) muy diferente del que ha acompañado al nacimiento de los grandes Estados federales. El proceso federal italiano (como el español) va de la unidad a la multiplicidad, mientras que los Estados federales tradicionales han seguido una dirección opuesta. Cambia en consecuencia el papel de las Constituciones federales y estatales. En el proceso federal italiano, los estatutos, a diferencia de las Constituciones de los Estados miembros, han tenido y tienen márgenes de maniobra muy limitados. No era posible esperar resultados diferentes. Las críticas a la redundancia y a la inutilidad de las disposiciones estatutarias en materia de principios y derechos parecen olvidar este contexto diferente.

Evitar que la potencialidad de las regiones en materia de derechos devenga letra muerta dependerá mucho de la voluntad de la clase política italiana de hacer progresar el proceso federal en curso. Las etapas están ya señaladas: puesta en práctica del art. 119 (federalismo fiscal) y reforma constitucional del bicameralismo perfecto en el sentido de un Senado de las regiones. A través de la primera actuación, las regiones estarían efectivamente en situación de modular el grado de tutela de los derechos a través de comportamientos financieramente responsables. Con la institución de un Senado de las regiones, éstas podrán cooperar más eficazmente en la determinación legislativa de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a derechos, en torno a las que se juega el destino de la unidad de la República.

De la consecución de estas metas, compartidas de palabra por todos, dependerá el futuro del regionalismo italiano.

LOS DERECHOS CIUDADANOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA¹

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. Los derechos fundamentales como competencia estatal y autonómica. 2. Críticas doctrinales a las declaraciones estatutarias de derechos. 3. La tipología de derechos contemplados en los nuevos Estatutos de autonomía. 3.1. Derechos referidos a materias que aparecen reguladas en el listado de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. 3.2. Derechos ante las Administraciones públicas. 3.3. Derechos de desarrollo de los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución. 4. Las cláusulas complementarias. 4.1. La cláusula general de Cartas de Derechos. 4.2. La cláusula de no alteración del régimen competencial. 4.2.1. El sometimiento de la regulación de los derechos al sistema de reparto competencial. 4.2.2. Respeto del nivel de garantía constitucional de los derechos fundamentales. 5. Las cláusulas de garantía. 6. Problemas interpretativos. 6.1. La titularidad de los derechos estatutarios. 6.2. La plenitud de los derechos estatutariamente reconocidos. 6.3. El respeto por la ley de desarrollo de elementos conceptuales del derecho estatutariamente declarado. 7. El significado de esta nueva tabla de derechos.

1 • Los derechos fundamentales como competencia estatal y autonómica

Del marco constitucional se desprende una declaración directa de la Constitución de reconocimiento de los derechos fundamentales contenida, con su diverso grado de intensidad, eficacia y garantía, en su Título

¹ Versión escrita de la conferencia impartida en el Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Cataluña en junio de 2007.

I, en el Capítulo II de dicho título y en la sección primera de dicho capítulo.²

No cabe duda de que esta declaración es una de las características principales de nuestro sistema constitucional que le otorga una dimensión de dignidad a la persona humana y la configura como el sujeto político principal del propio ordenamiento constitucional.

No en vano el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias manifestó:

«Los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales por cuanto fundan un ‘status’ jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la CE, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna».³

Ahora bien, el hecho de que los derechos fundamentales impliquen un elemento de identidad de un status político de ciudadanía, no tiene como consecuencia que su regulación esté reservada en la totalidad de sus aspectos materiales a la legislación estatal.

Para el desarrollo de estos derechos el art. 53.1 CE declara que la regulación del ejercicio de tales derechos deberá hacerse por ley, que deberá

2 Ver en este sentido Cruz Villalón, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en «La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución», CEPC. Madrid. 1999, pp. 23 a 53.

3 STC 25/1981, de 14 de julio. También la doctrina ha destacado este elemento de uniformización del ordenamiento de los derechos fundamentales al margen de la descentralización territorial del poder. Vd. Cruz Villalón, *Nota: los Derechos Fundamentales*, en *La curiosidad... op. cit.* p. 252.

respetar su contenido esencial y serán tutelados mediante el recurso de inconstitucionalidad.

A su vez, en el apartado 2 de dicho precepto se regula un procedimiento especial de tutela de determinados derechos fundamentales, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el art. 81 se ordena el desarrollo de los derechos fundamentales mediante ley orgánica. En el 139 se predica la igualdad de derechos de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado. En el 149.1.1 se reserva al Estado la competencia de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. En el 149.1.27 se otorga al estado la competencia de dictar normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social. En el art. 149.1.30 se atribuye al Estado la competencia para adoptar las normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución.

De este panorama constitucional se desprendían ya dos elementos fundamentales. De un lado, el enunciado del art. 149.1.1 parte de la premisa de que los derechos constitucionales puedan ser regulados por las Comunidades Autónomas, reservándose al Estado una función igualatoria de las condiciones básicas de su ejercicio. De otro, los apartados 27 y 30 del art. 149.1 presuponen también que en materia de los derechos fundamentales de la sección primera del Capítulo II del Título I, que el art. 81 reserva a regulación mediante ley orgánica, las Comunidades Autónomas disponen de competencias de desarrollo normativo y de gestión administrativa.

Por ello la jurisprudencia del TC explicitó en la conocida STC 37/1981 que el principio de igualdad de derechos del art. 139 CE no significa uniformidad, y que el respeto del principio de autonomía implica que pueda ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional.⁴

Igualmente en la STC 173/1998 se señala que:

«El art. 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes— el

4 Otto y Pardo, *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las comunidades autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, RVAP nº 10. 1984.

ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles».⁵

A su vez, respecto al art. 53, la mencionada STC 37/1981 declaró con rotundidad que:

«La interpretación del art. 53 de la CE en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos estatutos les atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente en uno u otro grado una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados».⁶

De esta posición se deriva que con relación a todo el Capítulo II, Título I, hay una concurrencia normativa entre Estado, al que le corresponde regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales, y las Comunidades Autónomas que pueden regular los aspectos accesorios de tales derechos.

Pero tan regulación del mismo derecho es lo básico como lo accesorio, o, dicho de otra forma, la regulación de un derecho sólo aparece completa con la conjunción de lo básico y lo accesorio, esto es, de la norma estatal y de la autonómica, compartiendo en ambas una igual naturaleza el derecho regulado.⁷

5 López Guerra, *La doctrina del Tribunal Constitucional en relación al art. 149.1.1 CE*, y Aja, *El art. 149.1.1 CE como cláusula de cierre del principio de igualdad social*, ambos en AAVV, «La función del art. 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias». Generalitat de Catalunya. Barcelona. 1992.

6 Viver Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional: la delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional*. Ariel. Barcelona. 1989.

7 Lucas Murillo, *Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales*, RDP. N° 46. 1999.

Igualmente, al abordar la extensión del ámbito regulatorio de una ley orgánica respecto a un derecho fundamental, el TC va a constatar que el legislador estatal no ocupa todo el espacio normativo y así en la STC 173/98 se dispone que:

«debe considerarse reservado a la ley orgánica ex art. 81.1 CE la regulación de “los elementos esenciales de la definición” del derecho de asociación o, en otras palabras, “la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho” en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, FJ2º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privados*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos o libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas (...). Así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas».

De esta interpretación se deriva que no toda la materia del derecho fundamental de asociación está reservada al ámbito competencial del Estado y que, tal como señala la propia STC 173/98, corresponde al legislador autonómico la regulación «de aquellos aspectos concretos de la organización y funcionamiento de las asociaciones que estime necesarios para preservar bienes constitucionalmente relevantes y siempre que la regulación sea proporcionada a esta finalidad». Igualmente en dicha sentencia se consideran como competencia autonómica: la exigencia de un número mínimo de personas para constituir un tipo concreto de asociación; la regulación de la inscripción en el registro autonómico y los efectos de dicha inscripción; la responsabilidad de las asociaciones no inscritas respecto de sus obligaciones; el contenido, la aprobación y modificación de los estatutos; la federación o confederación de asociaciones; etc.

Desde otra perspectiva, la derivada de la relación entre las materias de ley orgánica que, al mismo tiempo, son materias competencialmente reservadas al Estado en el art. 149.1, de la doctrina del TC⁸ se desprende que

8 SSTC 37/81 y 137/86.

es la dimensión competencial contemplada en el 149.1 la que se tiene en cuenta.

Pemán Gavin⁹ ya estudió en su día la difícil construcción constitucional de la relación entre el ámbito normativo que incluye el concepto de «desarrollo» de un derecho fundamental y el que se debe incluir en el de norma básica. Destacando que el primero es mucho más restringido que el segundo, en cuanto que en la determinación de lo básico referido al derecho fundamental a la educación del art. 27, se había admitido incluso una regulación reglamentaria,¹⁰ cosa impensable en el concepto de «desarrollo» del art. 81. Y que, por el contrario, se pueden identificar en las leyes orgánicas preceptos que son normas básicas y que, por ello, el legislador autonómico puede apartarse de ellas.¹¹

Así, para este autor, «la distribución de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de derechos fundamentales debe enjuiciarse *exclusivamente* sobre las bases de las reglas competenciales de la Constitución —y los Estatutos— aplicables a cada caso (...) y que ningún reforzamiento de la competencia normativa es posible derivar del art. 81.1 CE».¹²

En definitiva, como señala otra vez Pemán Gavin, «la competencia estatal para regular las materias de la sección primera podrá ser exclusiva cuando así derive de los títulos competenciales que confluyan (la libertad personal reconocida en el art. 17 CE, en relación con la cual incide la regla 6ª del 149.1), pero también podrá ser compartida en los términos fijados estrictamente por el art. 149.1 (libertad de enseñanza y derecho a la educación, libertad de expresión) o incluso el Estado podrá carecer de un soporte competencial específico (libertad religiosa, derecho de asociación, derechos de reunión y manifestación), en cuyo caso será solamente la regla del 149.1.1ª la que marque el límite infranqueable para las Comunidades Autónomas y no la noción de “desarrollo” de los derechos fundamentales».¹³

Téngase en cuenta, además, que en determinados derechos fundamentales, como el de participación política, junto a las reglas contenidas en la

9 Pemán Gavin, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas. Madrid, 1992. p. 207-228.

10 STC 77/1985, de 27 de junio, con relación a los reglamentos de desarrollo de la LODE

11 STC 137/1986 de 6 de noviembre, relativa a la ley autonómica de creación del Instituto Vasco de *Ikastolas*.

12 *Op. cit.* p. 219.

13 *Op. cit.* p. 220.

legislación electoral del Estado, los derechos de participación en las elecciones autonómicas son regulados por las propias leyes electorales autonómicas, constituyendo tales derechos sin lugar a dudas un derecho fundamental de idéntica naturaleza al de la participación en las elecciones generales o locales.

Es evidente que los conflictos que surjan en aplicación de las leyes electorales autonómicas, constituyen materia propia de un recurso de amparo. Así lo dispone expresamente la ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General en su art. 49.3 contra las resoluciones de las Juntas Electorales de proclamación de candidaturas y candidatos, y en el art. 114.2 contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos.

En la STC 25/1992, de 24 de febrero, se considera válida la regulación de la limitación del derecho de participación política como electores y elegibles a los residentes en una determinada Comunidad Autónoma contenida en el Estatuto de autonomía y en la respectiva ley electoral autonómica. Se trata así de una regulación directa del derecho fundamental de participación política del art. 23.2 CE con imposición de límites para el ejercicio de tal derecho.

Igualmente en la STC 193/1989, de 16 de noviembre, se admite que la ley electoral autonómica contenga la exigencia de la superación de un determinado porcentaje de votos en el conjunto del territorio autonómico para ser computados los votos obtenidos en un determinado distrito electoral. Se trata también en este caso de una limitación que desarrolla directamente el art. 23.2 CE.

De ambos casos se desprende que son las fórmulas electorales de las leyes autonómicas e incluso estatutarias las que en el caso de los procesos electorales autonómicos delimitan el principio de igualdad ante la ley del art. 23.2 CE. Es decir, que este derecho fundamental consiente, en virtud del principio de autonomía política y de autogobierno, que el contenido del mismo sea ejercido en condiciones distintas en diferentes partes del territorio nacional.

También la jurisprudencia constitucional ha considerado que los reglamentos de las Cámaras forman parte de la regulación de los derechos y facultades de los cargos públicos que integran el art. 23.1 y que su vulneración da lugar a acudir al procedimiento de amparo¹⁴ o que este procedi-

¹⁴ STC 226/2004, de 29 de noviembre; STC 141/2007, de 18 de junio.

miento es aplicable para enjuiciar leyes autonómicas que limitan determinadas facultades ordinarias de los parlamentarios autonómicos.¹⁵

De esta jurisprudencia cabe deducir que los derechos fundamentales de configuración legal, son desarrollados no sólo por las leyes orgánicas del art. 81, sino por quien constitucionalmente ostente la competencia concreta para la emanación de la ley de desarrollo del derecho fundamental en cuestión.

Igualmente, todos los casos anteriores ponen de manifiesto que bien los estatutos, bien normas autonómicas, pueden regular el contenido de un derecho fundamental de forma diferenciada y que el contenido de dichas reglas fijan y ordenan la configuración legal a la que se remite el precepto constitucional para ordenar en su ámbito la igualdad de las condiciones de ejercicio de tal derecho. Además, dichas reglas otorgan un estatuto de ciudadanía política cuya discusión se resuelve a través del recurso de amparo.

Por ello, ni por la vía del art. 53, ni por la vía de la reserva material del art. 81, ni por las consecuencias del reparto competencial del art. 149.1, cabe sostener que toda la materia de los derechos fundamentales está reservada a la regulación estatal.

Sólo en aquellos casos en los que las materias contenidas en la sección primera, Capítulo II, Título I estén atribuidas de forma exclusiva al Estado en el art. 149.1, la regulación de esos derechos fundamentales será únicamente estatal.

En los demás casos las materias referidas a los derechos son compartidas por la legislación estatal y autonómica, excepto en los casos en los que la regulación del derecho fundamental esté atribuida a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma como son los relativos a los derechos de participación política en las propias instituciones autonómicas de autogobierno o en aquellos otros, como el derecho de acceso a una vivienda digna, en los que el TC ha declarado que no caben normas estatales que en base al art. 149.1.1 CE regulen aspectos esenciales de este derecho social.

En consecuencia, y en aplicación del art. 149.3 CE no existe objeción alguna para que las Comunidades Autónomas incluyan en sus estatutos las materias relativas a los derechos fundamentales, a las del resto de los derechos constitucionales, y a las de los principios rectores, que la Constitución no ha reservado expresamente al Estado.

¹⁵ STC 27/2000, de 31 de enero.

2 • Críticas doctrinales a las declaraciones estatutarias de derechos

Pese a la indubitada competencia de las Comunidades Autónomas para regular derechos constitucionales y, en su caso, la parte de la materia de los derechos fundamentales no cubierta por la legislación orgánica o las normas básicas del Estado, junto con la crítica realizada a la oportunidad política o la efectividad jurídica del hecho de incluir una declaración de derechos en los Estatutos de autonomía¹⁶ se ha indicado por la doctrina¹⁷ la imposibilidad dogmática de que los Estatutos de autonomía puedan contener tales declaraciones de derechos, ya que la esta materia no está contenida entre las contempladas en el art. 147.2 CE.¹⁸

En efecto, el trabajo de Díez-Picazo es muy categórico en este sentido. Iniciándose su crítica mediante la refutación de las tesis que han sostenido la viabilidad constitucional de que los estatutos contengan declaraciones de derechos.¹⁹

Se rebate, así en primer lugar, la tesis de que la declaración de derechos sea una manifestación del autogobierno de las Comunidades Autónomas. Se recoge, en este sentido, la objeción plantada por Ferreres Comella considerando que tales declaraciones irían en contra del mismo principio de autogobierno, ya que limitarían las posibilidades del legislador autonómico de manifestar el pluralismo político interno como expresión misma del autogobierno.

Frente a ello hay que oponer que, el autogobierno no significa «diseñar y desarrollar políticas diferenciadas», sino el decidir «autónomamente» políticas, sean éstas diferenciadas o similares. Igualmente tan auto-

16 Ferreres Comella, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, y Biglinio Campos, *Los espejismos de la tabla de derechos*, ambos en «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», CEPC. Madrid. 2006.

17 Díez-Picazo, *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, REDC nº 78.2006. pp. 63 a 75.

18 Art. 147.2 CE: Los Estatutos de autonomía deberán contener:

- a) la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica;
- b) la delimitación de su territorio;
- c) la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias;
- d) las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas;

19 Carrillo López, *La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, en «Derechos, deberes y principios», *op. cit.*, p. 65 y ss.

gobierno es establecer límites materiales a la actuación de los poderes públicos como el decidir autónomamente no hacerlo. Sólo en la medida en que se entendiese que una reforma estatutaria no supone ejercicio de autogobierno autonómico, sino una imposición del legislador estatal, cabría admitir tal hipótesis, por el hecho de que obviamente el ejercicio del poder legislativo estatal en nada significa el ejercicio del autogobierno autonómico. Pero, desde el momento en que se debe entender que dentro de nuestro actual sistema político, una reforma iniciada por voluntad del Parlamento autonómico y ratificada finalmente en referéndum, significa ejercicio de autogobierno, y en la medida en que se mantenga la posibilidad de seguir ejerciendo en un futuro tal posibilidad de reforma estatutaria, con la consiguiente posibilidad de expresión de un contenido estatutario diferente, el ejercicio del autogobierno no queda cerrado.

El argumento de que este ejercicio de autogobierno realizado mediante una reforma estatutaria no es posible ya que implica una mayor formalización institucional que la mera reforma legislativa, tiene una debilidad ya que, de aceptarlo, se estaría impidiendo el ejercicio de un nivel de autogobierno que se consagró precisamente al lograr dicha mayor formalización institucional.

Se critica también la posibilidad de que exista un contenido estatutario necesario y otro meramente posible, más allá de lo dispuesto en el art. 147.2. y en otros preceptos constitucionales,²⁰ indicándose que los estatutos no pueden contener materias distintas a las constitucionalmente previstas y las declaraciones de derechos caerían dentro de lo no previsto.

Ante ello cabe oponer que lo que debe interpretarse es si tales declaraciones son materias distintas a las que constitucionalmente corresponden a las Comunidades Autónomas o una «distinta» regulación de dichas materias. En concreto, si partimos del hecho de que es constitucional una ley autonómica en materia de servicios sociales, generando nuevos derechos ciudadanos en ese territorio, será porque la materia de derechos sociales corresponde al ámbito material de las competencias autonómicas, debiendo, en base al art. 149.3, ser contemplada tal materia como competencia autonómica en el estatuto. De aquí se daría la para-

²⁰ Así, art. 65.5 (senadores autonómicos); art. 145 (convenios interautonómicos); art. 152.2 (demarcaciones judiciales); etc.

doja de que la base competencial de los derechos sociales contenidos en una ley autonómica requiera una atribución previa en el estatuto, pero, en cambio, el propio estatuto no podría contener una regulación de dichos derechos por ser una «materia» ajena a los mismos.

Ya hemos señalado más arriba, que si bien la regulación de los derechos fundamentales es una competencia estatal, en las materias declaradas como derechos fundamentales, tanto en el *sancta sanctorum* de la sección primera del Capítulo II del Título I, como con relación al resto de los derechos del Capítulo II, la propia Constitución y el TC han reconocido que en tales materias pueden existir competencias autonómicas. Por ello, no cabe desconocer que los derechos que, en desarrollo de tales competencias autonómicas, puedan ostentar las Comunidades Autónomas, deben ser recogidos como «materias» a los efectos del citado art. 149.3, que exige que el ejercicio de la competencia cuente con un previo reflejo estatutario.

Finalmente se critica la posibilidad de acudir al derecho comparado, especialmente a los sistemas federales, por el hecho de que en estos modelos las competencias ya están fijadas en la Constitución federal y las Constituciones de los Estados federados desarrollan, por tanto, un espacio constitucional previamente definido. Sin embargo, a mi juicio, la consecuencia más relevante de los modelos de pluralidad de niveles de gobierno es la compatibilidad de los derechos declarados en ambos niveles constitucionales, en ambos ordenamientos jurídicos, el general y el territorial, tal como se ha demostrado en la parte inicial de este trabajo.

Existe, en todo caso, un argumento definitivo para consagrar la tabla de derechos estatutarios como contenido propio de los Estatutos de autonomía y es el relativo a la concepción de las Comunidades Autónomas como un ordenamiento jurídico derivado del ordenamiento constitucional. Esto es lo que se dice en el art. 147.1 cuando declara a los estatutos como «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma» y señala que «el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico». En tanto que ordenamiento jurídico, el ordenamiento autonómico está compuesto de su organización institucional, de su normativa y, no se puede olvidar en ningún ordenamiento de base democrática, de su colectividad. Por ello, las declaraciones de derechos son la afirmación de un estatuto de la colectividad política que tiene su lugar natural de manifestación en la «norma institucional básica» de dicho ordenamiento. Precisamente, como profundizaremos más adelante, el valor de estas decla-

raciones es el de reconocer, también en los estatutos y en relación a la dimensión institucional que les corresponde, la existencia de los ciudadanos a quienes van dirigidos el ejercicio de las potestades públicas y respecto de las cuales el estatuto consagra determinadas garantías de contenido y de ejercicio de derechos.

Junto a las anteriores críticas, Díez-Picazo formula dos tesis de fondo en contra de las declaraciones estatutarias de derechos.²¹ La primera se basa en la afirmación de que existe una reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales. Esta tesis se basa en el hecho de que las declaraciones de derechos limitan las opciones del legislador ordinario autonómico y ello estrecharía el terreno del proceso político democrático.

No podemos compartir dicha tesis ni los argumentos que la sostienen. A mi juicio, los estatutos en sí, debido a su procedimiento de aprobación y modificación, constituyen una diferenciación del sistema ordinario de fuentes jurídicas de desarrollo constitucional, y precisamente esta diferenciación es una de las características típicas de nuestro modelo de descentralización política con el que hay que ser coherente. Los estatutos son normas que congelan el rango de su contenido y ello es predicable no sólo de los derechos que proclamen, sino de las opciones institucionales y competenciales que contengan, las cuales condicionan indefectiblemente al legislador autonómico. Incluso, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, los aspectos tan fundamentales como la forma de ejercicio de los derechos de participación política de sus ciudadanos.

El hecho de que esta vinculación del legislador ordinario autonómico por parte de los Estatutos de autonomía sea diferente o pueda ser constitucionalmente diferente, es la prueba de la conexión del ejercicio del autogobierno con la aprobación de los estatutos, si bien ello no se manifieste con la misma intensidad que en los sistemas federales. Y esto conecta con la segunda tesis de Díez-Picazo, que entiende que la intervención de las Cortes Generales en el proceso de aprobación estatutario impediría que se pudiesen dar distintos derechos a los españoles de cada territorio autonómico. Hay varios argumentos que impiden aceptar esta crítica de fondo. El primero de ellos es que las declaraciones de derechos no van referidas a unos españoles y no a otros, ya que el sujeto de todas las declaraciones de derechos son todas las personas cuando se relacionen con los poderes

21 Una crítica a estas tesis se puede ver en Caamaño Domínguez, *Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)*. REDC, nº 79. 2007. pp. 33 a 45.

autonómicos del territorio afectado por la norma estatutaria y precisamente, allí donde los derechos estatutarios se refieren sólo a los ciudadanos de esa Comunidad Autónoma es en relación a los derechos de participación política, que tienen la característica, además, de constituir una regulación directa del ejercicio del derecho fundamental contenido en el art. 23 CE y que ya en los actuales estatutos aparece regulado de forma diferente. Es decir que, ya las Cortes Generales han dado con anterioridad, y en la consciencia de que ello formaba parte de la expresión del principio constitucional de autonomía, distintos derechos de participación política a unos y otros españoles.

Recuérdese que el mismo derecho estatal, en su versión del Código Penal, que tiene rango de ley orgánica, permite que el estatuto de la libertad misma de los españoles sea diferente en función del lugar donde el delito es cometido en aplicación de los títulos penales en blanco, que remiten la tipificación del delito a los reglamentación administrativa emanada por la administración competente, que puede ser, no sólo autonómica, sino incluso local, como en el caso del delito ambiental por vulneración de las ordenanzas locales sobre la contaminación acústica.

A lo anterior hay que añadir que los proyectos de reforma estatutaria contienen una explicitación de las opciones políticas sustentadas por la mayoría exigida para dicho proceso de reforma, en muchos casos cualificada, y que dicha opción política es una manifestación de la pluralidad política que representan los partidos que componen tal mayoría. A su vez, la intervención de las Cortes Generales, además de ejercer una implícita función de control de constitucionalidad de la propuesta, es, a su vez, expresión de la pluralidad política de la Cámara, frente a la cual la Comunidad Autónoma puede actuar en caso de disconformidad con la retirada de la propuesta, o finalmente, y mediante su colectividad política, a través del acuerdo o rechazo de la reforma en vía de referéndum.

Por ello, el estatuto si bien tiene un procedimiento de confluencia de dos voluntades que le otorga una naturaleza pacticia, también es cierto que es una norma aceptada por la Comunidad Autónoma en el sentido de no impuesta a la soberanía constituida del ordenamiento autonómico.

De aquí se deriva de una parte que el contenido estatutario que pueda concebirse como un elemento de limitación del legislador autonómico, es producto de un proceso político de autolimitación; ejercicio por la organización representativa de la colectividad política autonómica y en su caso, por la propia colectividad política en referéndum.

3 · La tipología de derechos contemplados en los nuevos Estatutos de autonomía

Los cinco nuevos Estatutos de autonomía (Valencia, Cataluña, Andalucía, Baleares y Aragón) más dos de los que están en tramitación parlamentaria (Castilla y León y Castilla-La Mancha) han incorporado efectivamente un catálogo de derechos, bien de forma directa, bien de forma mediata, a través de una remisión a una posterior Carta de Derechos.²²

En este sentido cabría hacer una distinción entre cuatro grupos de estatutos en la medida en que en realidad incorporen dos niveles de derechos estatutarios. De una parte se sitúan los Estatutos de Cataluña, Andalucía, Castilla y León y Castilla-La Mancha en los cuales junto a una detallada descripción de un catálogo de derechos estatutarios se incorporan referencias a mecanismos de garantías de tales derechos.

En segundo término se coloca el Estatuto de las Islas Baleares, el cual contiene un catálogo de derechos con un cierto detalle, si bien en materia de política social se realiza una remisión a una futura Carta de Derechos Sociales, y no se incorpora ninguna referencia a mecanismos específicos de garantía de estos derechos.

En tercer lugar tendríamos los Estatutos de Valencia y Aragón en los que bien se realiza una remisión a una futura Carta de Derechos Sociales, bien se incorpora un catálogo poco desarrollado de derechos, sin que existan tampoco referencias a mecanismos especiales de garantía o protección.

Finalmente tendríamos al Estatuto de Canarias, que no recoge ni un catálogo de derechos ni una referencia a una futura Carta, sino una remisión a las declaraciones internacionales, europeas y constitucionales derechos fundamentales.

Centrándonos esencialmente en los estatutos del primer nivel, y tomando como referencia, para mayor facilidad expositiva, el Estatuto de Cataluña, veremos que en los catálogos de derechos aparece la siguiente tipología fundamental de derechos:

- derechos referidos a materias que aparecen reguladas en el listado de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución;
- derechos ante las Administraciones públicas;

²² Junto a los derechos analizados, están los derechos lingüísticos que, por su natural especialización, no han sido objeto de atención en este estudio.

- derechos de desarrollo de los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución.

3.1 · Derechos referidos a materias que aparecen reguladas en el listado de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución

Una primera materia que aparece relacionada con el derecho a la vida del art. 15 CE es la referida al derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte contemplada en el art. 20 E.Cat. En realidad, la regulación estatutaria se refiere a los derechos de los ciudadanos ya existentes en el nivel de la legislación autonómica ordinaria frente a los sistemas de salud, para exigir tratamientos del dolor y cuidados paliativos integrales que ayuden a vivir con dignidad el proceso de la muerte, junto con el derecho a expresar su voluntad de forma anticipada respecto de las intervenciones y tratamientos médicos que no desea recibir cuando no sea consciente para poder expresar su voluntad.

Una segunda materia es la relativa a la educación que aparece regulada en el art. 27 CE y en el art. 21 E.Cat. En este caso, se trata de una regulación con una pluralidad de objetivos. Por una parte, se regula una obligación de la administración educativa autonómica de establecer un modelo educativo que garantice el derecho de los ciudadanos a una educación de calidad y a la igualdad de acceso a la misma. Por otra se garantiza a los padres que, dentro del sistema de educación laica de la escuela pública, sus hijos recibirán una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones. Se reproduce, así el contenido del art. 27.3 CE. Finalmente hay una remisión a la ley ordinaria para la regulación de los centros privados sostenidos con fondos públicos, la ampliación de la gratuidad de la enseñanza más allá de la etapa obligatoria, el derecho a la formación profesional y la formación permanente, las ayudas públicas, el acceso al sistema educativo de las personas con necesidades educativas especiales y la participación de la comunidad educativa en los asuntos escolares y universitarios.

El tercer sector es el relativo a los derechos de las organizaciones sindicales previstos en el art. 28 CE. En este caso, en el art. 25 E.Cat se regula el derecho de los representantes de los trabajadores a la información, la consulta y la participación en las empresas y al ejercicio de sus funciones en los ámbitos de la concertación social, la participación y la colaboración social.

El cuarto sector afecta al derecho a la protección de datos, que tiene su referencia constitucional en el art. 18.4 CE. En este supuesto, en el art. 25 E.Cat. el derecho aparece referido a los datos obrantes en la Administración autonómica, respecto de los cuales se declara, además de su protección, el derecho de acceso, examen y eventual corrección. Asimismo se prefigura la existencia de una autoridad independiente como instrumento de tutela de estos derechos.

Finalmente, el estatuto regula la materia de la participación política de los ciudadanos, contemplada en el art. 23 CE. Esta participación, limitada a los ciudadanos de Cataluña, se articula mediante una pluralidad de supuestos y procedimientos, cuyo contenido final, en todo caso, queda remitido a las leyes. Así se proclama el derecho a la participación en los asuntos públicos de Cataluña, de forma directa o mediante representantes; el de ser elector y elegible; el de participar, directamente o a través de entidades asociativas, en el proceso de elaboración de las leyes del Parlamento; el derecho de petición y formulación de quejas a las Administraciones autonómica y local; y el derecho a promover la convocatoria de consulta populares por parte de la Comunidad Autónoma y los ayuntamientos.

3.2 · Derechos ante las Administraciones públicas

Se regulan también un segundo tipo de derechos referidos a las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones públicas, en lo que ha venido a llamarse derecho a la buena administración.

Este tipo de derechos, contenidos en el art. 30 E.Cat., tienen la importancia de introducir determinados principios de funcionamiento de las Administraciones públicas que son de aplicación directa, si bien hay otros respecto de los que se efectúa una remisión al legislador.

Entre los primeros se sitúa el principio de igualdad de acceso a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. La norma estatutaria impone además a las Administraciones públicas la obligación de fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, en línea con el concepto de calidad regulatoria. También son de aplicación directa el respeto de los principios de imparcialidad y objetividad y el que obliga a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican, lo que implica la positivación de uno de los principales controles de la discrecionalidad administrativa.

Además de lo anterior, el estatuto se remite al legislador para que sea éste el que determine los casos en los que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependan deben adoptar una Carta de Derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.

3.3 · Derechos de desarrollo de los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución

También entre esta tipología de derechos aparecen aquéllos que son desarrollo de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución. Aparecen, así, derechos referidos a diferentes colectivos de ciudadanos, como menores (art. 17 E.Cat), personas mayores (art. 18 E.Cat) y mujeres (art. 19 E.Cat), donde se proclaman valores de protección, dignidad o igualdad. Derechos relativos a diferentes políticas, como la cultural (art. 22 E.Cat), la sanitaria (art. 23 E.Cat), la de servicios sociales (art. 24 E.Cat), la de vivienda (art. 26 E.Cat), la medioambiental (art. 27 E.Cat), o la de protección de consumidores y usuarios (art. 28 E.Cat). Todos estos derechos se articulan en base a declaraciones de principios o de contenidos cuya concreción se remite a la ley.

4 · Las cláusulas complementarias

4.1 · La cláusula general de Cartas de Derechos

Algunos estatutos como el valenciano (art. 10 E.Val) o el balear (art. 15 E.Bal) completan su construcción del sistema estatutario de derechos con una expresa mención a la necesidad de la futura elaboración de una Carta de Derechos Sociales, como expresión del «espacio cívico de convivencia» de esa comunidad política, en la que se deben contener «el conjunto de principios, derechos y directrices» que informen la actuación de la Administración autonómica.

Se trata, sin duda, de un mandato político dirigido al Parlamento autonómico —«se elaborará», dice, en ambos estatutos— sin que se prevea ningún instrumento de sanción en caso de incumplimiento. Ni siquiera se puede hablar en propiedad de un efecto de congelación de rango legal de

la política social, ya que, como hemos visto, el contenido de dicha Carta tiene un valor «informativo» respecto de la actuación administrativa.

Con todo hay que señalar que el propio estatuto recoge expresamente en dos ocasiones una funcionalidad de mayor contenido de la Carta introduciendo elementos de garantía de políticas públicas, como sucede en relación con la igualdad entre mujeres y hombres respecto de su participación en la vida laboral, social, familiar y política (art. 11 E.Val. y art. 17 E.Bal), especificándose la garantía de la conciliación de la vida familiar y laboral. También la Carta se utiliza como instrumento de garantía en relación con las personas discapacitadas del «derecho a las prestaciones públicas necesarias para asegurar su autonomía personal, su integración socio profesional y su participación en la vida social de la comunidad».

Un caso distinto es el del Estatuto de Cataluña, cuyo art. 37.2 también prevé que «el Parlamento debe aprobar por ley la Carta de los Derechos y Deberes de los ciudadanos de Cataluña». Sin embargo, en este caso, se trata de una ley que afecta a la generalidad de los derechos y no sólo los referidos a las políticas sociales, y también a los deberes, por lo que en principio parecería que se tratase de remitirse a un futuro Código de los Derechos y Deberes Ciudadanos en el que se recogiese el desarrollo de todos los derechos y deberes estatutarios.

Sin embargo, una lectura sistemática de este precepto nos conduce a entender que se trata de una Carta de Derechos y Deberes adicionales a los estatutarios, cuyo contenido queda abierto a la voluntad del legislador, pero que se beneficia del mismo sistema de garantías que el establecido para los derechos estatutarios.

En efecto, en el art. 37.2, tras señalar el deber del Parlamento de aprobar dicha carta, se establece que: «las disposiciones del presente artículo relativas a los derechos reconocidos por los Capítulos I, II y III del presente Título se aplican también a los derechos reconocidos por dicha Carta».

Las disposiciones contenidas en el art. 37 son las que establecen parte del sistema de garantías de los derechos estatutarios (que veremos a continuación), ya que la otra parte de dichas garantías aparece contemplada en el art. 38 y también se aplica a los derechos reconocidos por la Carta.²³

Se trata así, de un sofisticado sistema de regulación, en base al cual, el estatuto traslada a una determinada ley ordinaria el sistema de garantías del

23 Este sistema de garantías lo trataremos a continuación, por lo que allí nos remitimos para su descripción.

propio estatuto. Se plantea, sin embargo, una importante incertidumbre acerca de cuáles serán los derechos adicionales que serán incluidos en la Carta y aquellos otros que no gozarán del sistema de garantías que se predica de ésta y, sobre todo, acerca del criterio utilizado para realizar tal distinción.

4.2 · La cláusula de no alteración del régimen competencial

De forma similar a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el curso del debate llevado a cabo en el Congreso de los Diputados, se incluyó la cláusula contenida en el apartado 4 del art. 37 en la que se contemplan dos principios de singular importancia.

4.2.1 · El sometimiento de la regulación de los derechos al sistema de reparto competencial

En el primero de ellos se declara la separación entre la tabla de derechos estatutarios y el sistema de reparto competencial:

«Los derechos y principios del presente título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes».

La importancia de esta cláusula es, como decíamos, de primer orden ya que en virtud de ella se supera cualquier problema de interpretación entre el contenido y la naturaleza de los derechos estatutarios y los derechos fundamentales contemplados en la Constitución cuya regulación compete al legislador estatal. Es decir, sea cual sea la materia en la que los estatutos reconocen derechos, éstos no desplazan al ámbito reservado al Estado en materia de derechos fundamentales, en virtud del art. 81.

Lo mismo sucede con relación a los derechos fundamentales que aparecen en el listado de competencias estatales del art. 149.1. En este sentido, los derechos estatutarios no tienen que limitar la extensión del ámbito de lo básico que pueda deducirse de la interpretación dada hasta ahora a los títulos competenciales estatales, en especial los referidos a la cláusula de igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1), medios de comunicación social (art. 149.1.27) y educación (art. 149.1.30).

No se le puede escapar al lector, sin embargo, el hecho de que, por una parte, si la inclusión de una declaración de derechos, principios y deberes estatutarios no altera el reparto competencial existente en relación con el Estado, mucho menos lo deberá hacer el sistema de descripción competencial basado en la especificación de submaterias. Por otra, si los nuevos derechos estatutarios no generan nuevas competencias, las leyes que desarrollen su ejercicio sólo tendrán el amparo estatutario y el ámbito normativo del propio espacio resultante del reparto competencial.

Este dato sirve para reforzar que, en definitiva, el estatuto tiene poco efecto de congelación de rango de la materia de derechos regulada, ya que será el propio ámbito del ejercicio de la competencia sectorial la que se actúe. Es decir, si, por ejemplo, el derecho a la elección de médico o de centro sanitario, contemplado en el art. 23.2 E.Cat. o en el 22.2.b E.And., no estuviese comprendido dentro de las competencias normativas de desarrollo de la legislación básica sanitaria del Estado, no se podría regular tal derecho, que quedaría, así, en el vacío.

Además, en cuanto a esta cláusula de que los derechos no modifican los títulos competenciales «ya» existentes, hay que determinar:

- si es una cláusula que opera en relación con los títulos competenciales estatales;
- si opera también en relación con los títulos competenciales autonómicos;
- en cualquier caso, cuál es la temporalidad que fija el «ya»: si está referida a los títulos competenciales existentes con anterioridad al nuevo estatuto o a los fijados en éste.

A mi juicio, los antecedentes del debate parlamentario que tuvo lugar en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso indican que esta cláusula opera en relación con el sistema de reparto competencial existente entre el Estado y la Comunidad Autónoma interpretado en función de las competencias fijadas en el nuevo estatuto.²⁴

24 Con mayor claridad se expresa la interpretación de esta cláusula como referida al respeto del sistema de reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma en el art. 6 del Proyecto de Reforma estatutaria del Castilla-La Mancha (BOCCM de 30 de enero de 2007): «los derechos de las personas reconocidos en el presente Título (...) no supondrán en ningún caso una alteración de la distribución competencial entre el Estado y Castilla-La Mancha».

No debe operar, en cambio, en relación con el propio ámbito competencial de la Comunidad Autónoma. Es decir, si un derecho estatutario cuenta en el nuevo estatuto con un título competencial nuevo, podrá regular el ejercicio del derecho con arreglo a dicho nuevo título competencial.

4.2.2 · Respeto del nivel de garantía constitucional de los derechos fundamentales

Este segundo gran principio se enuncia en la segunda parte del apartado 4 del art. 37 en los siguientes términos:

«Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

Este segundo principio refuerza la compatibilidad de las declaraciones de derechos autonómicas con las declaraciones de derechos constitucionales y pone de manifiesto un elemento declarado en la STC 137/98 en relación con el derecho de asociación, en el sentido de reservar a la ley orgánica estatal la imposición de límites a este derecho, especialmente cuando tales límites vengán derivados de otros derechos fundamentales.

5 · Las cláusulas de garantía

Anteriormente nos referíamos a un grupo de estatutos a los que cualificábamos por la inclusión de un sistema de garantías de las declaraciones de derechos.

Este sistema se basa en un amplio conjunto de medidas no todas ellas coincidentes en los diferentes estatutos. Así, en todos ellos se proclama la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos proclamados en el estatuto, el criterio de acudir a la interpretación que sea más favorable para su plena efectividad, y la reserva de ley para su desarrollo que deberá respetar en todo caso su contenido esencial.

Igualmente, se produce un reenvío a la legislación estatal para articular el sistema de recursos jurisdiccionales, abriendo implícitamente la posibi-

lidad de que esta legislación procesal estatal contemplase una vía de protección especial o específica para el conjunto de derechos contenidos en las declaraciones estatutarias. Téngase en cuenta, no obstante, que los derechos de participación política y aquellos otros derechos que puedan configurarse como desarrollo directo de derechos fundamentales, quedan garantizados por el recurso de amparo, como vimos en su momento.

También se recuerda las posibilidades de actuación en defensa de los mismos de instituciones especializadas, como las diferentes figuras autonómicas de Defensor del pueblo.

En algunos de ellos (Andalucía y Castilla-La Mancha) se establece una garantía de suficiencia presupuestaria para el desarrollo de de estos derechos o la intervención de órganos consultivos en la información previa de la tramitación de las leyes que los desarrollen. Así, en Castilla-La Mancha se prevé un informe específico del Consejo Consultivo y del Consejo Económico y Social, respecto de las leyes y reglamentos que desarrollen el ejercicio de estos derechos y en Cataluña el estatuto contempla la creación de un órgano especial, el Consejo de Garantías Estatutarias con funciones de tutela de carácter vinculante. Ciertamente este mecanismo del Estatuto de Cataluña es el más intenso.

Se trata de un órgano que tiene como misión específica la de dictaminar sobre la adecuación a la Constitución y al estatuto de todas las disposiciones de la Generalitat y en especial de los proyectos y proposiciones de ley y los Decretos leyes y Decretos legislativos, si bien la intensidad del control de adecuación constitucional y estatutaria sólo se da plenamente en relación con los proyectos y proposiciones de ley.

En efecto, sólo en relación con éstos el dictamen se emite con anterioridad al debate y aprobación parlamentaria de la norma y sólo respecto de ellos se establece su carácter vinculante cuando tales proyectos o proposiciones desarrollen o afecten a «derechos reconocidos por el presente estatuto».²⁵ Por el contrario, el dictamen no se califica de vinculante respecto de los proyectos de Decretos legislativos, ni del trámite de convalidación de los Decretos leyes. Y respecto de estos últimos, el dictamen se emite tras su publicación en el trámite de convalidación parlamentaria.

²⁵ A este punto, se debe precisar la incorrección técnica del art. 38 E.Cat que, al remitirse a la tutela del Consejo de Garantías Estatutarias respecto de la declaración de derechos, lo hace a los apartados b) y c) del art. 76.2 E.Cat, cuando la verdadera garantía especial está en el apartado 4 de dicho art. 76.

6 · Problemas interpretativos

6.1 · La titularidad de los derechos estatutarios

De una forma técnicamente incorrecta algunos Estatutos de autonomía (Valencia, Andalucía, Aragón y Cataluña) han ligado la titularidad de los derechos estatutarios a la condición política de ciudadano de la respectiva Comunidad Autónoma. Las distintas fórmulas utilizadas en cada caso nos obligan a una consideración separada de cada una de ellas.

La más problemática es la utilizada en el Estatuto valenciano, que efectivamente liga el ejercicio de determinados derechos a la condición de ciudadanía autonómica. Así en el art. 9.2 se limita a los ciudadanos valencianos el derecho a dirigirse a la Administración de la Comunidad Valenciana en cualquiera de las dos lenguas y a recibir respuesta en la misma lengua utilizada, por lo que en una aplicación estricta, un ciudadano no valenciano no tendría el derecho a dirigirse en valenciano a las autoridades autonómicas y menos a obtener una respuesta en dicha lengua. En el art. 10, los derechos sociales, que se articularán como ya vimos mediante una Carta, en la que se recogerán, entre otros, los derechos de los discapacitados y las personas dependientes, están referidos sólo a los valencianos o a los emigrantes con residencia en esa Comunidad Autónoma. Igualmente en el art. 15 los derechos frente al estado de necesidad y la renta de ciudadanía se refieren sólo a los ciudadanos valencianos, así como el de acceso a la vivienda digna en el art. 16, a disponer de abastecimiento suficiente de agua de calidad en el art. 17 o al acceso a las nuevas tecnologías en el art. 19. De ello se derivaría que los propietarios de segundas viviendas en la Comunidad Valenciana carecerían del derecho al abastecimiento de agua de calidad.

A mi juicio, en la medida en que gran parte de estos derechos se corresponden con servicios cuyo prestador obligado es la Comunidad Autónoma, como competente en su ejecución y gestión, tales limitaciones implicarían una clara vulneración constitucional, ya que los destinatarios de los servicios públicos están presididos por el principio de universalidad de acceso y sus destinatarios son la generalidad de los ciudadanos.

En Andalucía (art. 12) y en Aragón (art. 11.2), hay una primera cláusula general en la cual los derechos estatutarios aparecen limitados a las personas con vecindad administrativa. Sin embargo en el articulado concreto de los derechos éstos no están referidos a la limitación de vecindad, sino que se articulan con expresiones como «todos», «todas las personas»,

etc. Incluso el Estatuto de Andalucía contiene en su art. 14 una cláusula general de prohibición de discriminación en el ejercicio de los derechos estatutarios.

Más extraño es el caso de Cataluña, ya que en el art. 15.3 de su estatuto se hace referencia a la posibilidad de extender a otras personas los derechos que dicho estatuto reconoce a los ciudadanos de Cataluña, cuando, excepto los de participación política, todos los derechos estatutarios tienen como titulares a todas las personas.

A mi juicio hay que concluir que las limitaciones de derechos referidos a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, salvo los de participación política, sólo pueden entenderse en el sentido de reflejar que el estatuto y las competencias autonómicas tienen una dimensión territorial referida a los poderes que el ordenamiento atribuye a las instituciones autonómicas respectivas, evitando que se pudiese interpretar que un estatuto pretendiese otorgar derechos a los ciudadanos respecto de otras Administraciones públicas distintas de la autonómica.

6.2 · La plenitud de los derechos estatutariamente reconocidos

La mayoría de los derechos reconocidos en los estatutos hace una remisión a la ley para concretar su contenido o las condiciones de su ejercicio. Sobre ello volveremos más adelante.

Sin embargo, en algunas ocasiones —no pocas—, los derechos aparecen formulados plenamente en el propio estatuto. Es el caso de los derechos de los menores (art. 17), de las personas mayores (art. 18), de las mujeres (art. 19), de vivir con dignidad el proceso de la muerte (art. 20) y determinados derechos en el ámbito laboral (art. 25.1.3.4 y 5) en el Estatuto de Cataluña. O el derecho al medio ambiente en el art. 23 del Estatuto de Baleares, o el de la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria sostenida con fondos públicos del art. 21.5 del Estatuto de Andalucía o los derechos de los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud contemplados en el art. 22.2 del mismo estatuto.

En estos casos, hay que distinguir en primer lugar cuando el derecho se define en relación con una prestación concreta, como el acceso gratuito a los servicios públicos de empleo, la gratuidad de los libros escolares, la exigencia de un adecuado tratamiento del dolor y los cuidados integrales paliativos, o los derechos de los pacientes y usuarios de los sistemas de

salud, dado que dentro del sistema competencial es predicable la administración ante la cual son exigibles. En segundo término tendríamos los derechos que implican una limitación de conductas de terceros, haciendo prevalecer la voluntad del sujeto, como el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte. En tercer lugar tendríamos los derechos que se consagran en un principio de general aplicación como el de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos públicos y privados. En cuarto lugar tendríamos la transformación de principios rectores de la Constitución en derechos, como sucede en el caso del medio ambiente en Baleares.

En cualquier caso, estas declaraciones de derechos que en otros muchos casos se traducen en afirmaciones de comportamientos y de conductas, pese a que no exista un sujeto público directamente obligado, sí trasladan mandatos que no son únicamente morales y condicionan en ocasiones el ámbito de los comportamientos de terceros. Así, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y capacidad personal de las mujeres puede implicar comportamientos de respeto en el seno del Derecho de familia o actuar como criterio de eliminación de restricciones de acceso a determinados empleos o actividades. Lo mismo sucede con el derecho a la atención integral a que tiene derecho el menor con influencia en el derecho de las prestaciones en el seno de la familia o en de las instituciones públicas de acogida.

No se trata por tanto de normas morales o de conducta cívica, sino de reglas que están expresadas como derechos de su portador y, por tanto, como obligaciones de respeto a tales derechos de las personas que puedan verse afectadas por el círculo de actuación del portador del derecho. Pensemos cómo en el derecho fundamental a la tutela judicial «efectiva» ha sido posible incorporar los elementos necesarios que definían tal efectividad.

6.3 · El respeto por la ley de desarrollo de elementos conceptuales del derecho estatutariamente declarado

A pesar de las remisiones que los estatutos hacen a la ley para el ejercicio de los derechos, no estamos ante una situación similar a la de las declaraciones de principios u objetivos de los poderes públicos.

En primer lugar porque en muchos estatutos los derechos están garantizados por una reserva de ley que debe respetar el contenido esencial de los mismos, luego la modulación que puede hacer el legislador estará suje-

ta a una interpretación de satisfacción de dicho contenido esencial y obligará a delimitar su contenido en un ámbito que va más allá del contemplado en el Capítulo II del Título I de la Constitución, lo que producirá un indudable enriquecimiento dogmático.

En segundo término, porque los derechos tal como están formulados condicionan conceptualmente al legislador. Así, en el caso del derecho a la vivienda del art. 26 del Estatuto catalán, pese a que será la ley quien determine las condiciones de acceso, se obliga a los poderes públicos a establecer un sistema de medidas de garantía efectiva del derecho. También es el caso del derecho de información ambiental que según el art. 27 del mismo estatuto sólo puede ser limitado en la ley por motivos de orden público y no por otro tipo de motivos. O el del art. 14.2 del Estatuto de Aragón que obliga a los poderes públicos a que el sistema sanitario esté desarrollado desde los principios de universalidad y calidad y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente.

En todos estos casos los derechos estatutarios van acompañados de calificativos o de predicados que deben hacerse efectivos por el legislador de desarrollo de los mismos.

7 · El significado de esta nueva tabla de derechos

A mi juicio, la inclusión de declaraciones de derechos de los ciudadanos en los Estatutos de autonomía tiene una indudable dimensión de extensión y profundización del modelo constitucional de Estado social y democrático de Derecho, precisamente en estas tres vertientes.

Profundización del Estado social, al convertir en derechos los principios rectores constitucionales y dotarles, además, de un fundamento de efectividad que en algunos casos se explicita en referencias de garantía presupuestaria y en otros en mandatos directos de prestaciones públicas.

El hecho de que, tras casi treinta años de modelo autonómico, las Comunidades Autónomas sean las principales responsables de la gestión de los servicios y las prestaciones sociales, hace que la oportunidad de introducir en los estatutos derechos y garantías respecto a dichas tareas administrativas signifique un salto de dimensiones históricas en la configuración de un verdadero Estado social.

En todo caso, el requisito impuesto al legislador autonómico de respeto del contenido esencial del derecho reconocido hace que, pese a las remi-

siones que se realizan a la ley para concretar las condiciones de ejercicio de cada derecho, se deba operar una interpretación, que por mandato de los propios estatutos, debe ser lo más favorable posible a su mayor extensión y efectividad.

Profundización del Estado democrático, porque los estatutos, como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, se incorporan a la colectividad política de su ordenamiento jurídico propio declarándola sujeto colectivo de derechos frente a los propios poderes públicos autonómicos. Además, la reforma incorpora nuevos derechos e instrumentos de participación política que acercan a los ciudadanos a las decisiones de gobierno. El estatuto refleja así que la construcción autonómica no es sólo una fórmula de ingeniería constitucional e institucional, sino una fuente de derechos y beneficios concretos para los ciudadanos.

Profundización del Estado de Derecho, por cuanto aumenta con ello la garantía del estatuto de libertad y dignidad de los ciudadanos, tanto desde la perspectiva de los derechos políticos ante sus instituciones de gobierno, como por la dimensión de libertad que generan las políticas de igualdad, especialmente las de género, y de satisfacción de necesidades mediante la consagración de prestaciones fundamentales respecto de la educación, la salud o la dependencia.

La extensión y la ampliación de derechos que se produce en estas declaraciones de derechos no pueden ser vistas como un elemento de desigualdad entre españoles, sino todo lo contrario.

Las cláusulas de respeto al ámbito competencial estatal y al pleno disfrute de los derechos fundamentales, tanto los constitucionalmente reconocidos como los contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por España, generan un elemento inatacable e inobjetable de ciudadanía política de los españoles en cualquier parte del territorio español.

La remisión del ámbito normativo de los derechos al abanico competencial de la Comunidad Autónoma opera en el mismo sentido de respeto del ámbito competencial estatal e incluso añade elementos discursivos nuevos respecto de la relación entre los estatutos y las leyes orgánicas y la normativa básica estatal.

Salvaguardados, por tanto, los ámbitos de igualdad que proporcionan el nivel constitucional y estatal en el modelo de Estado de las Autonomías, la extensión de los derechos sociales que se produce en estas declaraciones produce un indudable efecto de igualdad entre los españoles y de ampliación de su estatuto jurídico.

LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS: EL PAPEL DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS A PARTIR DEL ARTÍCULO 149.1.1 CE

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Girona

SUMARIO: 1. Introducción. Igualdad y diversidad de derechos en el Estado compuesto. 2. La naturaleza del artículo 149.1.1. 3. El elemento de la igualdad en el artículo 149.1.1 CE. 4. El elemento funcional y su alcance. 5. Los derechos y deberes como materia. 6. Uso actual del artículo 149.1.1 en la normativa estatal. 7. Recapitulación.

1 • Introducción. Igualdad y diversidad de derechos en el Estado compuesto

El grado de igualdad o diversidad que deba existir en materia de derechos y deberes a lo largo del territorio es una cuestión decidida por cada constituyente, normalmente a través de los listados competenciales o mediante cláusulas genéricas. En el primer sentido, nuestra Constitución contiene diversos títulos competenciales relacionados directa o indirectamente con derechos y deberes, de entre los que destaca, por referirse al conjunto de ellos, el del art. 149.1.1.¹ En cuanto a las cláusulas genéricas, destaca la del art. 139.1, según la cual todos los españoles tienen los mismos derechos y deberes en cualquier parte del territorio del Estado.

La anterior afirmación, considerada en su literalidad, y teniendo en cuenta que la Constitución consagra un Estado compuesto, resultaría imposible de conciliar con éste, y en realidad constituye una importación acrítica de otro precepto, contenido en la Constitución alemana (art. 33.1 GG: «Todos los alemanes tienen en todos los Länder los mismos derechos y

¹ En cuanto a la relación entre el art. 149.1.1 y el resto de títulos estatales vinculados de un modo u otro a derechos, vd. Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 260-266.

deberes cívicos»), que también en ese país ha causado problemas interpretativos, habiendo sido abandonado por la jurisprudencia constitucional, que ha recurrido directamente a la aplicación del art. 3.1, que consagra el principio de igualdad.²

En nuestro país, el precepto ha recibido diversas interpretaciones para tratar de configurarlo de manera que no resultara incongruente con el propio establecimiento del Estado autonómico. Para De Otto, por ejemplo, constituiría una prohibición de discriminación por razón del territorio de residencia, y sería el precepto destinado a garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en un territorio autonómico concreto, independientemente de la ciudadanía o residencia de aquellos.³ La tesis del autor es que «el art. 139.1 CE no exige que las Comunidades Autónomas, al hacer uso de su potestad normativa, respeten y mantengan un mínimo de homogeneidad en las posiciones jurídicas de todos los españoles (...)» así como que «el mandato del art. 149.1.1 (...) no especifica ni concreta el mandato genérico del art. 139.1, sino que contiene otro de naturaleza totalmente distinta».⁴ El art. 139.1 es, en definitiva, un mandato de igualdad de los ciudadanos ante cada ordenamiento autonómico.⁵

Obsérvese, no obstante, que la interpretación descrita resulta útil para dar un entendimiento constitucionalmente coherente al precepto, pero al precio de hacerle decir lo que no dice. Otros autores como Pemán Gavín

2 También en Estados Unidos hallamos un precepto con cierta similitud: la sección 2ª del art. IV de la Constitución expone que «Los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos en los diversos Estados». Ocurre sin embargo que aquí parece aludirse a que gozarán de esos derechos cuando se hallen en otro Estado, configurándose así una garantía de no discriminación por razón del territorio de residencia, que es la interpretación que se le ha querido dar en España al art.139.1, cuyo tenor literal, sin embargo, no dice lo que argumenta el estadounidense.

3 Vd. De Otto y Pardo., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 143-177.

4 *Ibíd.*, p. 148.

5 Por ello, la condición de ciudadano no podrá otorgarse por razón de nacimiento, sino, en todo caso, de residencia; de igual modo, a la condición de vecino no podrán vincularse más derechos y deberes que aquéllos que por su propia naturaleza hayan de atribuirse con tal criterio, «de modo que en los restantes casos los no vecinos, en la medida en que resulten afectados por el ordenamiento autonómico, lo sean en pie de igualdad con los que ostentan la vecindad del mismo». *Ibíd.*, p. 155. Para un mayor desarrollo del tema, con indicación de en qué supuestos concretos puede admitirse o no diferenciación por razón de vecindad, puede consultarse Pemán Gavín, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, PUUZ/Civitas, Madrid, 1992, pp. 135-186, y asimismo Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, *ob. cit.*, pp. 26-40.

han subrayado por ello el carácter problemático del precepto, que sugieren preterir en favor del art. 14.

«En relación con el concreto problema que abordamos ahora —la admisibilidad de las diferenciaciones por razón de vecindad adoptadas por los entes territoriales— la consideración del art. 139.1 CE ofrece ciertamente escasa ayuda por su formulación tajante y carente de matices que vendría a excluir cualquier forma de diferenciación. (...) Un marco de referencia más adecuado en relación con esta problemática ofrece en cambio su consideración bajo la óptica del principio general de igualdad sancionado en el art. 14 CE»⁶

No es el momento de ahondar en esta cuestión,⁷ y sí de dejar constancia de que el precepto ha sido progresivamente abandonado por el TC, más allá de algunas citas aisladas en las que hace función de mero relleno. Pero al principio de la jurisprudencia constitucional, sin embargo, el art. 139.1 fue el eje de alguna línea jurisprudencial manifiestamente desenfocada, y pronto corregida por el propio TC. Así, éste afirmó en su STC 25/81 que el carácter compuesto del Estado no afectaba a los derechos pues «los derechos fundamentales son derechos subjetivos (...), pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» y «dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, (...) y atañen al conjunto estatal». En esta función, «los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado».

Naturalmente esta tesis contrastaba vivamente con lo que sucede en otros Estados compuestos (el caso de Alemania era paradigmático en aquel momento) y tenía difícil encaje con el hecho de que la Constitución, en su art. 149.1, contuviese varios títulos que repartían funciones sobre materias vinculadas directa o indirectamente a derechos. Por ello el TC varió su postura pronto, y ya la sentencia 37/81 señala que el art. 139.1:

«No puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho Privado y, con la reserva ya antes señalada respec-

⁶ Pemán Gavín, J., *Igualdad de los ciudadanos...*, ob. cit., p. 144.

⁷ Para ello véase Cabellos Espiérrez, M.A., *Distribución competencial...*, ob. cit., pp. 26-40.

to de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional.» (F. J. 2)

Esta última referencia a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas sitúa el problema en su lugar adecuado, el de los preceptos que distribuyen competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, y ello nos lleva a su vez al precepto objeto de estas páginas; el art. 149.1.1.

La formulación del mismo lo convierte en uno de los preceptos más enrevesados del Título VIII, dotado además de una potencialidad indudable en tanto que título horizontal. El Estado ha hecho un uso muy desigual del mismo en el tiempo, pues hasta inicios de la década de 2000 lo utilizaba en no demasiadas ocasiones, sin ningún criterio claro, y la mayor parte de las veces como precepto de mero apoyo de otros, sin que se pudiera saber qué significado concreto tenía, qué partes de la norma contribuía a fundamentar y, además, en relación con un mismo derecho en unas normas se le citaba y en otras no.⁸ A partir de 2000, la cita del art. 149.1.1 en la normativa estatal va a aumentar, en ocasiones identificándose la parte de la norma a la que da fundamento, sirviendo entre otras cosas, como se verá, para entrar en ámbitos en principio reservados a la competencia autonómica.

En lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, el TC ha tardado mucho en ofrecer una interpretación completa del significado del precepto.⁹ De hecho, desde 1981 hasta 1997 lo utilizó en más de un centenar de ocasiones sin decir nada sustancial sobre él, ofreciendo visiones muy fragmentarias y no siempre coherentes entre sí. No es hasta la STC 61/97,

8 La excepción a ello (cita con identificación clara de su función y de a qué preceptos da soporte el precepto) la hallamos en el RD 304/85, de 6 de febrero, por el que se traspasan a Andalucía funciones en materia de asociaciones, exclusivamente fundamentado en el título de que hablamos, y en la ley 30/94, de 24 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, en la que se identifican claramente qué partes de la norma se basan en el art. 149.1.1. Sobre la misma, véase Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., pp. 125-137.

9 Sobre ella, Tudela Aranda, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP/Cívitas, Madrid, 1994, passim; Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, ob. cit., pp. 138-208; Barnes, J., *Problemas y perspectivas del art. 149.1.1*, IEA, Barcelona, 2004, passim.

complementada en aspectos concretos por la 173/98 y seguida por las posteriores sin variaciones remarcables, cuando el Tribunal interpreta el precepto desde casi todos los puntos de vista problemáticos que el mismo presenta, y establece una doctrina en torno al mismo que, como se verá, plantea algunos aspectos problemáticos, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el relativo a las posibilidades de aplicación de la misma a los casos concretos que hayan de ir dándose con posterioridad a ella.

Al hilo sobre todo de las líneas trazadas por la jurisprudencia constitucional, las cuestiones que deben ser tratadas a continuación son esencialmente las siguientes:¹⁰

- A) la naturaleza del precepto;
- B) el carácter de la igualdad a la que alude;
- C) el elemento funcional de la competencia;
- D) los derechos y deberes con que se vincula el artículo;

Y tras ello, deberá valorarse, siquiera sea brevemente, el actual uso que el Estado hace del precepto.

2 • La naturaleza del artículo 149.1.1

El problema de la naturaleza del precepto corresponde básicamente a los primeros años de aplicación del mismo. La jurisprudencia, tácitamente al principio y de modo expreso después, ha afirmado su carácter de título competencial (la STC 61/97 sería el punto de llegada y máximo exponente de este entendimiento) aunque con muy diversas modulaciones, como ha recordado López Guerra.¹¹ En la doctrina, la regla ha sido aceptar el

¹⁰ Me ocupé ya de estas cuestiones en *Distribución competencial...*, cit. *supra*, obra que contiene algunas de las tesis y argumentos que se recogen en este artículo.

¹¹ Ya en 1992 López Guerra enumeraba la multiplicidad de usos del precepto en la jurisprudencia: título competencial genérico que cede ante otros más específicos; título competencial que permanece unido a otros sin que se pueda adivinar su significación o utilidad; título competencial dirigido a preservar la igualdad, no quedando claro en estos casos su relación con preceptos como el 81.1 o el 53.1 CE; título competencial específico que, a la hora de decidir es eludido y, finalmente, límite negativo para las Comunidades Autónomas. Vd. López Guerra, L., «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el art. 149.1.1 CE», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. IEA, Barcelona, 1992, pp. 13-24. Vd. asimismo Tudela Aranda, J., *Derechos...*, ob. cit., p. 138 y ss.

carácter de título competencial del precepto, con las únicas excepciones de De Otto,¹² y en especial Baño¹³ y Barceló,¹⁴ que le han otorgado mero carácter hermenéutico del resto de los títulos (aunque con distintos matices en cada caso) a fin de evitar la posible capacidad expansiva del precepto.

Singular, dentro de los autores que predicán el carácter de título competencial del precepto, es el caso de Balaguer, para quien el art. 149.1.1 no sería en sí un título competencial como los demás sino de carácter muy distinto: un mecanismo de garantía que otorgaría al Estado una posibilidad de incidencia extraordinaria sobre el sistema de distribución competencial, y en cualquier caso un mecanismo extraño a la distribución ordinaria de competencias.¹⁵ O si se quiere: no un título competencial ordinario sino uno de carácter extraordinario, ligado con el art. 150.3 de tal modo que el art. 149.1.1 podría servir de motivación que obligue «a armonizar normativas dispersas que afectan a la igualdad básica de los derechos y los deberes de los españoles».¹⁶

Sin embargo, nada permite expresamente en la Constitución fundar esta conexión 149.1.1-150.3, como tampoco otorgarle mero valor hermenéutico de otros, y sí en cambio considerar que se trata de un título competencial como los demás, tanto por su ubicación como por su propio texto. Como recuerda Aja, por ambas circunstancias «ningún elemento permite negar la afirmación de que se trata de una competencia; al revés, es la primera de todas».¹⁷

Por lo que se refiere al uso que de él ha hecho el Estado, ya se dijo antes que ha conocido diversas etapas (uso *ad abundantiam* del precepto frente a uso consciente de la función del mismo) pero en todos los casos se le ha considerado título competencial.

12 De Otto y Pardo, I., «Los derechos...», *ob. cit.*, p.70.

13 Vd. Baño León, J. M., *Las autonomías territoriales y el principio de unificación de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, p. 266.

14 Vd. Barceló Serramalera, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, IEA/Cívitas, Madrid, 1991, p. 108 y ss.

15 Vd. Balaguer Callejón, F., «Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización», en Asensi, J. (Coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo Blanch, Alicante, 1997, p. 654.

16 El art. 149.1.1 otorgaría al Estado, según este autor, «una potestad extraordinaria ejercitable a través de los cauces de ese carácter previstos en el ordenamiento». Vd. Balaguer Callejón, *ibídem*, p. 664.

17 Sobre esto vd. Aja Fernández, E., «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991. IEA, Barcelona, 1992, p. 37.

3 • El elemento de la igualdad en el artículo 149.1.1 CE

La referencia a la igualdad es una de las claves del precepto, por cuanto la función que dentro del mismo realice dicha referencia, el grado de igualdad que haya de conseguirse y el tipo de la igualdad a que el precepto apunte son elementos que determinarán en buena medida la extensión del mismo.

En cuanto a esto último, el carácter de la igualdad, normalmente la jurisprudencia se ha decantado por identificarla con la igualdad formal derivada de la existencia de unas mismas condiciones básicas, pero en algunas sentencias el Tribunal se ha aproximado claramente a la noción de igualdad real.¹⁸ Naturalmente la vinculación del art. 149.1.1 con ésta convertiría el precepto en un título de intervención general del Estado, lo que, en la doctrina, ha llevado a que los autores que han sustentado esa vinculación lo hayan hecho normalmente con una cantidad tal de prevenciones que, en realidad, desactivan la propia tesis que sostienen.¹⁹

Frente a esta orientación, debe recordarse que el art. 9.2 no se refiere sólo al Estado: el citado artículo, en su promoción de la igualdad real, alude a todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias, no sólo a uno de ellos. Por otra parte, vincular la consecución de la igualdad real con el art. 149.1.1 supone otorgar a éste una extensión difícilmente controlable. Como Cruz Villalón ha indicado, «el art. 149.1.1 no es una cláusula general que haga del Estado social una tarea específica del Estado en sentido restringido»,²⁰ de modo que no es que éste sea el encargado de promover la igualdad sustancial en el ejercicio de los derechos, sino que todos los poderes públicos están orientados a ese fin, *dentro de su ámbito competencial propio*.

18 Por ejemplo, en la 64/89 en relación con las ayudas estatales a la prensa, que serían así consideradas condiciones básicas de la existencia de una opinión pública libre y del derecho a recibir información, o la 13/92, que indicaba que «también las subvenciones estatales pueden tender a asegurar las condiciones básicas de igualdad cuya regulación reserva al Estado el artículo 149.1.1 CE». (F. J. 7)

19 Vd. Baño León, J.M., *Las autonomías territoriales...*, passim; López Guerra, «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE», en Pérez Calvo, A. (Coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, Madrid, 1990, pp. 91-93; Aja Fernández, E., «El artículo 149.1.1...», *ob. cit.*, p. 40; Aragón Reyes, M., *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 132-133.

20 Cruz Villalón, P., «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», en *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma andaluza*, Parlamento de Andalucía/Tecnos, 1993, p. 108.

Aunque lo anterior suponga en determinados casos que el Estado, no pudiendo utilizar este título, vaya a carecer de títulos que le permitan asegurar la igualdad real en ciertos ámbitos, por corresponder éstos a las Comunidades Autónomas, la solución no está en dar ese alcance al art. 149.1.1, sino en establecer mecanismos de colaboración que permitan la acción conjunta de Estado y Comunidades en el aseguramiento de la igualdad real. Mecanismos, naturalmente, que deben partir de la voluntariedad de las partes, y no imponerse por el Estado prevaleciendo del mismo art. 149.1.1. Y si no es posible llegar a tales mecanismos, si verdaderamente queremos tomar en serio el sistema de distribución competencial, habrá que considerar que, en primer lugar, esa igualdad real será garantizada en cada territorio por la Comunidad Autónoma correspondiente que, hay que insistir, también se halla aludida por el art. 9.2 y, en segundo lugar, que las diferencias resultantes de la pluralidad de intervenciones autonómicas no van a ser algo rechazable sino una consecuencia más del principio de autonomía. No es este, como puede verse fácilmente, el enfoque de que parte, por ejemplo, la Ley de dependencia.

En cualquier caso, la mayoría de los autores y de la jurisprudencia mayoritaria tienden a hablar de la consecución de una cierta igualdad formal, sin más. La cuestión estaría, por tanto, en conocer hasta dónde ha de llegar esa igualdad formal a asegurar, para lo cual habrá que atender al análisis del elemento funcional.

4 · El elemento funcional y su alcance

La jurisprudencia, tras muchos años de no referirse a esta cuestión, se decantó en primer lugar por la vinculación de este título con las competencias compartidas. En concreto, en la sentencia 102/95 (F.J.8) el Tribunal razonaba que:

«La Constitución habla varias veces de “bases” (art. 149.1.13, 18 y 25), una de “condiciones básicas” (art. 149.1.1), otra de “normas básicas” (art. 149.1. 27) y dos de “legislación básica” (art. 149.1.17 y 23) cuando enumera las distintas atribuciones que componen la competencia exclusiva del Estado, expresiones que tienen una referencia común, aun cuando con modulaciones diferentes. Para decirlo con pocas palabras, en las dos primeras predomina su dimensión material y en las últimas su aspecto for-

mal que, además, se potencia cuando las Comunidades Autónomas tienen conferidos el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de que se trate, como es el caso de la protección del medio ambiente (...).».

Y proseguía el Tribunal intentando definir el concepto de «básico», género bajo el que se comprenderían todas aquellas variantes. Partiendo de la comparación entre diversas expresiones, todas ellas alusivas de una u otra forma a la noción de bases, básico, etc., se concluía la pertenencia de todas ellas al género común de la competencia compartida.

Sin embargo, la STC 61/97 se decantó por la solución opuesta. En su FJ 7^a, el Tribunal concluyó que:

«(...) “condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1. CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad (...). Si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho —como en el caso de la propiedad del suelo—, no lo es menos, sin embargo, que la competencia *ex art. 149.1.1 CE* no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo.»

Y más adelante vuelve el Tribunal a insistir en lo mismo:

«En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.» (F.J.7.A)

Omite sin embargo el Tribunal todo esfuerzo por razonar o justificar sus afirmaciones. Por qué «la competencia *ex art. 149.1.1 CE* no se mueve en

la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo» o la normativa estatal derivada de este título «no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara», son cuestiones en las que el Tribunal no se detiene, más allá de formular taxativamente esa categorización del art. 149.1.1 como alusivo a una competencia exclusiva del Estado, cuestión esta que en la doctrina nunca había sido ni mucho menos pacífica.²¹ Sea como fuere, el Tribunal opta por la vía de la exclusividad,²² intentando a continuación establecer a qué zonas puede extenderse la misma, de tal manera que el resultado final venía a ser la construcción de una especie de bases no susceptibles de desarrollo, pues se fijaba un ámbito sobre el cual debía actuar el Estado ex art. 149.1.1, ámbito que venía a identificarse con lo fundamental de la regulación del derecho o deber, lo que no dista mucho de alguno de los conceptos de bases que el legislador estatal había venido utilizando y la jurisprudencia aceptando: la de las bases fragmentarias que ocupan un sector de la materia de que se trate, y a partir del cual deben llevar a cabo las Comunidades Autónomas su actividad normativa.²³

Es, como se ha dicho, la STC 61/97 la primera que intenta establecer un marco general de aplicación del art. 149.1.1, tomando postura sobre el tipo de competencia que el mismo contiene, y sobre las áreas que ha de abarcar, pues al proyectarse la exclusividad sólo sobre las condiciones básicas, el Tribunal se siente de inmediato en la necesidad de acotar hasta donde

21 En contra de la vinculación con las bases, vd. De Otto y Pardo, I., «Los derechos...», *ob. cit.*, p. 70; Baño León, J. M., *Las Autonomías territoriales...*, *ob. cit.*, p. 266; Barceló Serramalera, M., *Derechos y deberes...*, *ob. cit.*, p. 104 y ss.; López Guerra, L., «Consideraciones...», *ob. cit.*, p. 83; Barnes, J., *Problemas y perspectivas...*, *ob. cit.*, p. 121 y ss. A favor: Tudela Aranda, J., *Derechos...*, *ob. cit.*, p. 311; Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, *ob. cit.*, pp. 99-112; Menéndez Reixach, A., «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el régimen del suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997», *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, 153, abril-mayo 1997, p. 50. Por su parte, González Pascual aboga por construir un ámbito funcional propio para el art. 149.1.1, a modo de marco necesitado de desarrollo, pero que no iría tan lejos como una norma básica al uso. Vd. González Pascual, M. I., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, IVAP, Oñati, 2007, p. 144 y ss.

22 Y debe reconocerse que con ello se evita la paradoja de que a una hipotética competencia básica ex art.149.1.1 no le siguiera en ningún Estatuto otra hipotética competencia de desarrollo de las citadas bases sobre el derecho correspondiente.

23 Pérez Tremps ha distinguido entre bases-principios (que establecen criterios generales a concretar por cada Comunidad, que tiene así un amplio margen de maniobra), bases finalistas (que marcan objetivos a alcanzar dejando libertad en cuanto a los medios a las Comunidades Autónomas y bases fragmentarias (que ocupan todo un sector). Vd. Pérez Tremps, P., «Legislación autonómica de desarrollo», en *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1996, p. 561.

llegan éstas. Si aquél hubiera concluido que el art. 149.1.1 contenía una competencia básica, tal operación ulterior no hubiese sido precisa en la medida en que hubiera sido de aplicación la doctrina ya recaída sobre el concepto de bases y su alcance. Al optar el Tribunal por la exclusividad, pero mencionar el propio precepto las condiciones básicas como lo único que el Estado va a poder dictar ex art. 149.1.1, el Tribunal ha de definir éstas a fin de construir una competencia «exclusiva limitada» o si se quiere, una competencia *de facto* básica pero nominalmente exclusiva y por esto último no susceptible de desarrollo.

Así pues, la competencia exclusiva que el Estado tiene ex art. 149.1.1 se extendería a lo que podríamos identificar como dos zonas:

A) en primer lugar, un contenido propio, que abarca las:

«facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...» de los derechos y deberes, evitando, como se ve, incluir condiciones de tipo fáctico, económico o análogas (FJ 8).

B) y después una segunda zona (que podríamos denominar contenido impropio o conexo) y que viene delimitada cuando el TC indica que:

«cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas [las condiciones básicas], tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (...); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (...); etc.» (FJ 8)

Fuera de todo ello, quedaría el sector material en que se mueve el derecho o deber de que se trate. Al mismo tiempo, también previene el TC acerca de que el art. 149.1.1:

«sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce» (FJ 7b)

y que:

«no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera remotamente, hacia un derecho o deber constitucional» (ídem)

Lo que ocurre es que al aplicar esta teorización sobre la norma examinada, la Ley del suelo, el Tribunal acepta como condiciones básicas no pocas cuestiones que exceden de lo que serían esas «facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos» o de los criterios que «guardan una relación necesaria e inmediata» con las condiciones básicas, para, a partir de una comprensión amplia de aquel contenido conexo al que hicimos referencia, acabar yendo más allá de éste y entrando en cuestiones de detalle. Por ejemplo, y entre otros:

- la regulación de las posibles situaciones en que puede encontrarse el propietario en relación con su licencia (arts.38 a 41) (F.J.17.K).
- el establecimiento de que la incoación de expediente declarativo de incumplimiento no impide el ejercicio de actos de urbanización, edificación o adquisición de derechos en tanto no se notifique aquél (art. 42.3; F. J. 17. L).
- la regulación de que el aprovechamiento urbano se plasmará en áreas o zonas (art. 94; F. J. 24. A; en materia semejante, vd.art. 144.1, en F. J. 27. C).
- la fijación de criterios generales de concreción del aprovechamiento urbanístico (art. 29.1.A; F. J. 17. C)
- la fijación de garantías en materia de cesión obligatoria o gratuita de terrenos (art. 205; F. J. 29. B).
- la imposición de deberes de conservación de edificios (art. 228 TRLS; F. J. 32. B).²⁴

Así, aun cuando el TC declaró inconstitucionales muy diversos preceptos de la ley por contravenir el art. 149.1.1, éste siguió teniendo un ámbito más amplio de lo esperable. Si lo que se quería era trazar un marco gene-

²⁴ Véase un listado completo tanto de los preceptos declarados conformes con la Constitución como los que se anulan (en ocasiones por contrarios también a otros títulos) en Barnes, J., p. 105, notas 246-247.

ral para la propiedad urbana, desde el cual las Comunidades Autónomas pudieran dictar su régimen, parece que el TC se excedió del propósito inicial. Y ello no porque sus tesis de partida fueran equivocadas, sino más bien porque se aplicaron con mucha laxitud. Si la idea era conseguir que el art. 149.1.1 sirviera al Estado para fijar un concreto tramo normativo que se correspondiera con la regulación de lo esencial del régimen jurídico de un derecho, en la práctica el precepto siguió sirviendo para ir bastante más allá de esto²⁵ y lo que se hizo en la práctica fue construir unas bases estatales sobre urbanismo bastante completas.

Para fundamentar la opción de que estamos ante una aplicación desafortunada de los propios puntos de partida,²⁶ resulta de interés consultar los razonamientos vertidos en el recurso del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña contra la ley 8/90, seguramente el de fundamentación más sólida en el aspecto que tratamos y que intenta acotar qué aspectos del derecho de propiedad, en abstracto, deben ser regulados por el Estado a través del art. 149.1.1.

Dicha aplicación desafortunada de sus propios puntos de partida se debe a mi modo de ver a dos factores. En primer lugar, el Tribunal hace una definición un tanto imprecisa de lo que abarcan las condiciones básicas, al enunciar ese segundo bloque de cuestiones que dichas condiciones abarcarían. Pese a que se habla de «criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas [las condiciones básicas]», se enuncian en realidad cuestiones muy diversas y, en algún caso, de recorrido potencialmente muy amplio: el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (y si hablamos de ámbito material el legislador tiene aquí un amplio camino por recorrer),²⁷ los deberes, requi-

²⁵ Lo que en materia de suelo volvería a ocurrir con posterioridad. Véase al respecto el detallado análisis de la STC 164/2001 que hace Javier Barnes en *ob. cit.*, p. 73 y ss. El autor valora positivamente la STC 61/97, y razona cómo en la sentencia de 2001 se va más allá de aquella y se convierte la igualdad en el motor del precepto, un motor cuya actividad no parece tener fin (más allá de que se deje algún espacio de desarrollo a las Comunidades Autónomas) y permitiría al Estado, de nuevo, descender al detalle. En mi opinión, no obstante, esa expansividad de la que goza aquí el precepto no dejaba de estar también ínsita en la propia sentencia de 1997, y en los diversos puntos de fuga a favor del Estado que ésta contenía. En las antípodas de la STC 61/97 y de cualquier concepción orientada a limitar mínimamente la expansividad del precepto, véase también el voto particular a la STC 188/01.

²⁶ En esa línea, vd. Menéndez Rexach, A., *ob. cit.*, pp. 451-452. En el mismo sentido traté la cuestión en «Distribución...», *ob. cit.*, p. 30 y ss.

²⁷ La sentencia trae a colación un posible ejemplo: «así, respecto de la propiedad privada la demanialización de toda una categoría de bienes definidos por sus características naturales: STC

sitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho²⁸ (y cabe observar que se está utilizando para definir algo —las condiciones básicas— el propio elemento definido al hacerse esa mención a las «condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho» como contenido de las condiciones básicas, incurriéndose así en una incorrección evidente; por otra parte, no se sabe qué quiere decirse con esos «requisitos mínimos» de las condiciones básicas, que o se duplican con lo que ya se decía en el primer bloque de cuestiones, o si van más allá de esto no se sabe hasta dónde alcanzan); y finalmente los requisitos indispensables (¿son distintos a los requisitos mínimos? Si lo son —y cabe suponer que lo son, porque si no estaríamos incurriendo en una duplicidad difícilmente explicable— ¿a qué cosa que no se haya dicho ya se refieren?) y el marco organizativo que como aquellos requisitos posibilitan el ejercicio mismo del derecho (y obviamente en este marco organizativo caben muchísimas cosas).²⁹ La enumeración se cierra con un revelador «etc.», que no se sabe si responde a la voluntad consciente de dejar abierta la enumeración a otras posibles áreas que la jurisprudencia posterior pueda permitir al art. 149.1.1 cubrir en el futuro, pero que en cualquier caso es una forma bastante *sui generis* de terminar el párrafo si lo que se quería era ofrecer un listado mínimamente taxativo.

Pues bien: el caso es que a lo largo de la aplicación posterior de estos puntos de partida al caso que se analiza, la sensación constante que se desprende de la lectura de la sentencia es la de que se acaba confundiendo continuamente el ámbito material con el sector material (ajeno a las condiciones básicas según la sentencia). En definitiva, se comprueba cómo el obstáculo al éxito de la tesis del Tribunal está en los propios términos que emplea, y que le inducen a vincular el art. 149.1.1 con toda una serie de

227/1988, fundamento jurídico 14». Como se ve, pues, es una cuestión concreta relacionada con el objeto del derecho de propiedad, pero obviamente es posible imaginar muchísimas otras cuestiones semejantes en cualquier derecho.

28 Y a continuación cita entre paréntesis la sentencia otras previas a modo de soporte. En concreto, las SSTC 5/1981, FJ 26, y 37/1981, FJ 2.

29 La propia sentencia cita un ejemplo: «la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3.». Posteriormente, de esta vía derivaría en la sentencia 290/2000 el amparo de la creación de la Agencia de Protección de Datos en el art. 149.1.1. Critica esto último, argumentando que la relación de la Agencia con el derecho del art. 18 es menos intensa que la que tiene el censo con el del art. 23, Javier Barnes, *ob. cit.*, pp. 102-106. Pero lo cierto es que si se habla meramente de «marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho» como hace la sentencia, tanto cabe una cosa como la otra.

cuestiones que poco parecen tener que ver con la regulación del «contenido básico y primario del derecho (...) en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio», de modo que a partir de esta zona previa los restantes títulos estatales y autonómicos permitieran a los diversos entes acabar de trazar el resto de la regulación del derecho.

El segundo factor relevante, aun cuando ignorásemos lo dicho en las anteriores líneas, es el de que, aunque la sentencia distingue en el plano de lo teórico entre derecho y sector material en que éste se mueve, no se ocupa sin embargo de aplicar la distinción al urbanismo y al derecho de propiedad (urbanística) en abstracto sino que pasa directamente a proyectarla sobre los concretos preceptos impugnados, con lo que inevitablemente los resultados son desalentadores, porque ha existido un salto en el proceso de razonamiento y el Tribunal ha pretendido reunir varias fases en una sola. Ello no hubiera sucedido si hubiera definido, antes de entrar a revisar tales concretos artículos, qué podía entenderse por derecho de propiedad urbanística y qué parte del régimen jurídico de éste hay que reservar al Estado, cosa que sí se preocupa de hacer, en parte, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, que entiende que el Estado debe dictar *ex art. 149.1.1 CE* aquello que hace que el derecho sea reconocible como tal, y que en el caso del derecho de propiedad no es otra cosa que «el principio de apropiación, disfrute y transmisión por los particulares de determinados bienes», de modo que más allá de él «el Estado sólo sería competente para determinar (...) los principios vertebrales de su ejercicio como derecho y del cumplimiento de los deberes que comporta». Pues bien: de haber partido de este punto (o de uno diverso, pero igualmente descrito de modo claro) y haber determinado, siquiera hubiera sido brevemente, dichos principios vertebrales, se habría podido construir un instrumental, un baremo, que confrontado a cada precepto legal habría permitido con mayor facilidad un enjuiciamiento coherente de la ley.

Lo cierto es, sin embargo, que el intento del Tribunal de poner coto a la expansividad del art. 149.1.1 no puede lograr su objetivo, y los puntos de fuga que deja abiertos la sentencia son muchos. Las sentencias posteriores no lograrán vencer este problema inicial, y el legislador estatal se aprovecha de ello y, como se verá, utiliza el art. 149.1.1 sin plantearse excesivos límites al uso del mismo.

Frente a ello, no queda sino reivindicar una vez más un entendimiento restrictivo del precepto que no lo convierta en una constante vía de entrada en ámbitos competenciales ajenos, en definitiva, en un instrumento de

mutación del sistema de distribución de competencias, que sirva al Estado para construirse competencias en ámbitos que no le han sido dados o para ampliar aquellos que ya tiene. La forma de lograrlo no es, obviamente, ni mucho menos sencilla. Pero si el art. 149.1.1 habla de «condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes...» está claro que no se habla de «regulación del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales» o de «regulación de las condiciones de ejercicio de...» sino de algo distinto. El art. 149.1.1 pretende garantizar una igualdad en el ejercicio, pero no otorgando al Estado competencia para regular éste, sino para dictar unas «condiciones básicas» de los derechos y deberes constitucionales, que anteceden al ejercicio, pues lo condicionan, y se ciñen a algo fundamental, esencial, en la regulación del derecho o deber, pues son básicas, y al ser reguladas provocarán un efecto igualatorio en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes.³⁰

Por ello, y frente a la distinción entre condiciones de ejercicio (entre las que se hallarían condiciones materiales de ámbito y naturaleza ilimitada: económicas, fácticas...)³¹ y contenido o desarrollo primario, en definitiva el conjunto de normas jurídicas (y no de condiciones de naturaleza multiforme) que delimitan el perímetro esencial del derecho o deber, hay que referir el art. 149.1.1 a éste.³²

Es decir, la referencia a las condiciones que garanticen la igualdad en el ejercicio apunta casi por su nombre a algo previo a éste, que lo enmarca y hace factible, al constituir el entramado jurídico mínimo que va a hacer

30 Es decir, la igualdad es consecuencia del establecimiento de esas condiciones básicas, y por ello ella misma es básica (ahora en el sentido de fundamental, de no extensa ni de amplio alcance), como indicó la STC 37/87, de 26 de marzo, F. J. 9: «(...) el Estado podría regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato *asimismo básica o esencial* de todos los españoles en el ejercicio (y en el contenido) de sus derechos (...)». No es esa igualdad algo, y en ello se puede estar de acuerdo con Tudela Aranda (*ob. cit.*, p. 326 y ss.) que se deba buscar por sí mismo de modo que el art.149.1.1 sea un título de intervención puntual para restablecer la igualdad.

31 Concepción que también late en alguna línea jurisprudencial. Recuérdate, por ejemplo, el tortuoso camino que la STC 87/87 se obligaba a recorrer para calificar como condición básica (del cumplimiento de los deberes tributarios, por sorprendente que parezca) la calificación de una película como «X». En cuanto a la cuestión relativa a si las condiciones básicas se refieren al contenido o al ejercicio de los derechos, no es algo, como ya se vio, sobre lo que se pueda obtener una respuesta clara de la jurisprudencia constitucional.

32 Vd. Tudela Aranda, J., *Derechos...*, *ob. cit.*, p. 311 y ss; Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, *ob. cit.*, pp. 195-197.

posible al ciudadano el ejercicio de su derecho o el cumplimiento de su deber, al delimitar, en definitiva, un marco general de juego a partir del cual el propio Estado³³ y las Comunidades Autónomas ejerzan sus propias competencias, y los ciudadanos ejerciten o cumplan sus derechos o deberes de un modo idéntico en lo fundamental y completamente diverso, si es el caso, en aquello que no reuniendo aquel carácter puedan regular las Comunidades Autónomas.

Por tanto, las condiciones básicas no hacen referencia a ningún tipo de condiciones materiales ni a su establecimiento, ni a la persecución de la igualdad real existan o no competencias autonómicas. Sí, en cambio, al establecimiento de algo tan previo al ejercicio (y que por ser previo lo condiciona) como la existencia de, como se dijo, un conjunto de normas que acaben de concretar el derecho o deber sumariamente descrito en la Constitución,³⁴ situando los puntos de referencia fundamentales entre los que se moverá la normativa ulterior. Tal función sólo la puede cumplir, salvo existencia de título competencial más concreto, el art. 149.1.1 (pues el art. 81.1 no posee carácter competencial).³⁵

Insistiendo en lo dicho, hay que subrayar que el art. 149.1.1 posee una característica esencial: permite al Estado establecer los márgenes en que se ejercerán las competencias estatal y autonómica sobre derechos y deberes, a modo de título previo y primero; ámbito que es, como se dijo, un campo de juego inicial en que queda definido aquello que permite identificar como tal al derecho y sus límites fundamentales, y de lo que la normativa subsiguiente, estatal (basada en otros títulos) o autonómica, debe partir. Deferir tal función al Estado es coherente con el carácter de elemento fundamental del ordenamiento que poseen los derechos en su dimensión objetiva (como ya señalara la STC 25/81 aunque, como se vio, extrayendo conclusiones muy diferentes) lo que no se avendría bien con una regulación diversa en lo nuclear a lo largo del territorio. El art. 149.1.1 recoge esta idea, y limi-

33 A través de otros títulos relativos al ámbito material en que el derecho o deber concretos se muevan.

34 Cuando ello sea necesario; como indica Jiménez Campo, hay derechos que no precisan definición por parte de la ley: vd. «El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, p. 491. Vd. también en parecido sentido acerca de las diferentes posibilidades de intervención del legislador según ante qué derecho estemos, Cruz Villalón, P., «Derechos fundamentales y legislación», en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, p. 418.

35 No es ésta, ciertamente, la orientación que sigue la STC 173/98.

ta la necesidad de regulación homogénea a, entiendo, lo más fundamental del derecho o deber (esto es, mucho menos de lo que se podría considerar comprendido en la idea de bases en el sentido usual del término). A partir de esa determinación primaria, el Estado podrá incidir sobre el régimen jurídico de los derechos y deberes a través de otros títulos, si los tiene, o abrirse posibilidades normativas a las Comunidades Autónomas competentes.

Lo anterior, por sí mismo, sólo nos sitúa en el principio del camino. En primer lugar, porque hay que concretar más a qué cuestiones alude la regulación del contenido del derecho o deber que ha de ser propia del art. 149.1.1. En segundo lugar, porque la diferente estructura de cada derecho determinará necesariamente que la proyección del título del que hablamos sobre tal derecho arroje resultados que, en ciertos aspectos, serán distintos de un derecho a otro.

En cuanto a lo primero, parece que las condiciones básicas han de referirse ineludiblemente a aquello que Jiménez Campo conceptuaba como definición de la relación jurídico-pública que nace del derecho y en concreto de ciertos elementos de la misma: sujetos, objeto y garantías. Ciertamente, no será precisa tal definición en la medida en que la Constitución ya la haga, de modo que, en esa medida, no resultará entonces posible al Estado acudir al art. 149.1.1, debiendo intervenir sobre el derecho o deber desde otros títulos que le lleven directamente a ordenar el ejercicio/cumplimiento. Por su parte, De Otto hablaba de modo más genérico de alcance y límites esenciales del derecho,³⁶ y la STC 61/97 intentaba concretar más hablando de «facultades elementales,³⁷ límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...».³⁸ Una clasificación del contenido de los derechos (referida en especial al derecho de reunión pero generalizable) la ha efectuado por su parte Gavara³⁹ al distinguir entre sujetos intervinientes en la relación jurídica subyacente al dere-

36 De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 117.

37 De Otto, sin embargo, entiende que «la determinación del haz de potestades» que integran el derecho es cuestión relativa a la regulación del ejercicio. Vd. De Otto, I., *ibídem*, p. 117, pero no parece existir obstáculo —más bien lo contrario— para en la línea de la STC 61/97 incluir también la determinación de las facultades fundamentales del derecho en el ámbito de las condiciones básicas.

38 De Otto, I., *ibídem*, p. 117.

39 Vd. Gavara de Cara, J. C., *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 1-2.

cho y la determinación del ámbito de protección del mismo, que a su vez depende de cuatro elementos: el bien jurídico protegido, el objeto material de protección,⁴⁰ el supuesto de hecho⁴¹ y las prescripciones en relación con la organización y procedimiento del ejercicio del mismo.⁴² El propio autor indica que estos elementos son «estructurales del ejercicio, es decir, al caracterizar, determinar y regular el contenido del derecho, se convierten en presupuestos y condiciones del ejercicio del derecho, motivo por el cual se hace necesaria una descripción previa».⁴³ De acuerdo con lo mantenido en el apartado anterior, acerca de que la competencia *ex art. 149.1.1* se refiere a algo anterior al ejercicio, que lo condiciona y es a su vez presupuesto por aquél, aquellos elementos, en sus aspectos fundamentales, se nos aparecen como el contenido y objetivo de las condiciones básicas. Fuera de ello, no deben extenderse éstas, y en caso de duda en relación con algún aspecto, del que no se desprenda claramente que debe incardinarse en las condiciones básicas, debe siempre partirse del principio de que en un Estado compuesto la diversidad de posiciones jurídicas de los ciudadanos es algo consustancial al mismo, y no algo a evitar en perjuicio, además, de la autonomía política de los entes integrantes de dicho Estado.

Por tanto, en torno a la fijación en lo fundamental de los elementos que enumeran los autores que acaban de ser citados han de girar, a mi modo de ver, las normas que establezcan las condiciones básicas.⁴⁴ Y en la determinación del alcance de las condiciones básicas influye también el tipo de derecho ante el cual se esté. En los derechos que tienen un contenido esencialmente prestacional, el art. 149.1.1 no puede servir al Estado para prever y conceder todo tipo de prestaciones, ni para perseguir la igualdad real. Se refiere a las condiciones básicas y ello se traduce en algo de menor calado.

40 Identificado con las «modulaciones y concreciones del bien jurídico protegido tras su configuración a través de las prescripciones constitucionales y los desarrollos normativos». *Ibídem*, p. 2.

41 Construido «a partir de los elementos de la norma constitucional con la finalidad de permitir identificar las acciones que cabe subsumir en la norma que establece el derecho fundamental». *Ibídem*, p. 2.

42 Que sirven para la ordenación del ejercicio de derechos fundamentales que implique la concurrencia de varios titulares, las relaciones entre éstos y la Administración y la regulación de la protección de derechos fundamentales de terceras personas o de bienes jurídicos de interés general. *Ibídem*, pp. 37-38.

43 *Ibídem*, p. 1.

44 Y que, por su parte, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, podrán desarrollar, naturalmente sin que ello obste a que el Estado pueda aumentar su intervención a través de otros títulos y reduzca en tal medida el alcance del desarrollo autonómico.

Si atendemos a la distinción de Baldassarre entre derechos condicionados y no condicionados, en la que en los primeros (y los derechos prestacionales son su arquetipo) está asegurado el *se* y el *quid*, pero no el cómo y el cuándo, que queda a la decisión del legislador, bajo la reserva de lo posible o razonable,⁴⁵ el art. 149.1.1 daría al Estado la posibilidad de definir los mínimos del «cómo» de la realización de ese derecho constitucional de carácter prestacional, pero no le autoriza, si no tiene otro título que se lo permita, a decidir en toda su extensión el «cómo», ni tampoco el «cuándo», pues si sólo le asiste el art. 149.1.1 y no otro título, y las Comunidades Autónomas han adoptado competencias sobre el derecho constitucional de que se trate, a ellas corresponde decidir si otorgan determinada prestación, cuándo lo hacen, y sólo en cuanto al «cómo» se ven limitadas por la previsión de mínimos del legislador estatal, que es la que garantizará la igualdad a que se refiere el art. 149.1.1. Más allá de esto, si el Estado tiene otras competencias, podrá seguir incidiendo, y si no, serán las Comunidades Autónomas las que actuarán si y cuando lo estimen oportuno. No es, como se ve, el planteamiento que se sigue en la Ley de dependencia, incluso dejando ahora de lado la cuestión de si el art. 149.1.1 se puede aplicar en relación con los principios rectores, cuestión de la que nos ocuparemos después.

Todo lo anterior, sin embargo, es de difícil consecución si se vincula a las condiciones básicas el segundo bloque de cuestiones que el TC enumeró en su STC 61/97, cuya amplitud abre, como se dijo, numerosas vías por las que normas estatales de detalle pueden seguir transitando.⁴⁶

Deben aún tratarse algunas cuestiones que inciden también en la determinación de hasta dónde llegan y qué abarcan las condiciones básicas. En particular, la cuestión relativa al ámbito de las condiciones básicas cuando de derechos fundamentales afectados por la reserva de ley orgánica se trata, cuestión esta que abordó la STC 173/98, variando la doctrina asentada en la 137/86. Aun cuando no podemos detenernos en el análisis detallado de aquélla,⁴⁷

45 Vd. Baldassarre, *Diritti Sociali*, en *Enciclopedia Giurídica*, vol. XI, Roma, 1989, p. 28 y ss.

46 También debe destacarse como novedad de la STC 61/97 que, mientras no se dicten las condiciones básicas, los legisladores autonómicos pueden dictar normas aun cuando ocupen campos propios de aquéllas, siendo desplazadas sus normas cuando el legislador estatal las dicte finalmente (STC 61/97, 178/2004 y posteriores).

47 Sobre ello vd. Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, *ob. cit.*, pp. 232-259, y Cabellos Espiérrez, M. A. La relación entre ley orgánica y competencia para regular los derechos fundamentales. Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio. *Autonomías. Revista catalana de derecho público*, 25, 1999, *passim*.

sí que vale la pena traer a colación algún fragmento de la misma, suficientemente expresivo:

«Siendo cierto que la reserva de Ley Orgánica no supone atribución de ningún título competencial, no lo es menos que, en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 CE Por ello, en la práctica, como en el fondo ponen de manifiesto las alegaciones de las partes en este proceso, lo más relevante para la resolución del recurso de inconstitucionalidad no radica tanto en la distinción entre la naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse o no a partir del sistema de distribución de competencias.» (FJ 7)

Y la forma de hacerlo es atribuir finalmente al Estado ex art. 81.1 la regulación de unas cuestiones, y ex art. 149.1.1 la de otras:

«Pues bien, uno de los criterios fundamentales que (...) ha orientado la realización de esta tarea de definición sistemática ha sido la de reservar al Estado ex art. 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”, en tanto que se atribuye la regulación de la “materia” sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997 y, en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985 y 157/1992).» (FJ 7)

Lo que se traduce en que será contenido de la normativa estatal derivada del art. 81.1:

«La regulación de los elementos esenciales de la definición del derecho de asociación o, en otras palabras, la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/91,

fj 2º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privatos*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad (...) los límites (...) en atención de otros derechos y libertades (...) así como (...) en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas (...) o (...) a la libertad de no asociarse.» (FJ 8)

Mientras que en lo que respecta al art. 149.1.1:

«por su conexión con el derecho de asociación y por su carácter de “requisitos mínimos indispensables” que posibilitan su ejercicio, el legislador estatal podrá considerar “condiciones básicas” ex art. 149.1.1 CE, tanto lo que podríamos denominar la definición del concepto legal de asociación, como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten “imprescindibles o necesarios” en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales, requieren un tratamiento uniforme». (FJ 8)

Puede pensarse, así, que el 149.1.1 ha perdido la primera parte del contenido que le daba la STC 61/97 en favor del 81.1, pero mantiene el segundo⁴⁸ que, al no constituir desarrollo «directo» del derecho sino ulterior (es decir, todavía regulación del contenido y caracteres del derecho entendidos en sentido amplio, pero aún no regulación de su ejercicio en situaciones y casos concretos), no tendría que revestir carácter orgánico.⁴⁹ El art. 81.1 cobra así, carácter competencial *de facto* por más que el Tri-

48 Precisamente el que es más criticable que tuviese por su indefinición y las posibilidades de injerencia indeterminada que abría a favor del Estado sobre las competencias autonómicas. Quizá por ello la sentencia recuerda inmediatamente, con cita de la 61/97, FJ 7b, que «la regulación que corresponde al Estado ex art. 149.1.1 queda limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...)». (FJ 9)

49 Como veremos, el voto particular propugna considerar referido el art. 149.1.1 no al desarrollo en ninguna de sus zonas, sino a la regulación del ejercicio, otorgando al desarrollo un ámbito extenso y siempre amparado en el título derivado del art. 81.1, y por tanto con carácter orgánico. Aumentado el ámbito del 81.1, y trasladado el del 149.1.1 a un momento normativo posterior, el de las competencias autonómicas cobra un alcance casi simbólico.

bunal haga toda clase de equilibrios en la sentencia para no reconocerlo abiertamente.⁵⁰

Más correcto parece, en cambio, vincular con el art. 149.1.1 toda esa normativa estatal (tanto la que la STC 173/98 liga al 81.1 como la que relaciona con el 149.1.1), de modo que el art. 81.1 sea un precepto referido sólo a la forma de la norma, pero no a una parte de sus contenidos. En esta línea se mueve la sentencia 188/01, F.J.13, cuando dice que:

«debe distinguirse, de un lado, entre los elementos generales conformadores del derecho a obtener una beca, *amparables en el art. 149.1.1 CE y alcanzados por la legislación orgánica* y, cumpliendo determinadas exigencias, por la reglamentaria general, y, de otro, los criterios de política educativa que instrumentan coyunturalmente su acceso al mismo».

Por tanto: las condiciones básicas se amparan competencialmente en el art. 149.1.1, lo que no quita que además puedan ser «alcanzadas», esto es, deban quedar recogidas, en un concreto tipo de norma, la ley orgánica.

También la STC 135/2006, parte de esa premisa pero curiosamente ampliando por abajo el alcance del art. 149.1.1:

«En materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a la ley orgánica (...) la capacidad normadora del Estado ex art. 149.1.1 CE *puede extenderse más allá de ese desarrollo* (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho) *incidiendo sobre la regulación del ejercicio* del derecho (...) siempre que (...) la regulación tenga una conexión, *directa o indirecta*, con aquellos elementos nucleares antes señalados [los propios de L.O.] y (...) se dirija a garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho.» (FJ 2d)

50 Aunque en sentencias posteriores lo dará por sentado. En la STC 135/2006, por ejemplo, el Tribunal dirá significativamente: «sin perjuicio de las facultades normativas estatales derivadas de los arts. 81.1 y 149.1.1 CE, en los arts. 148 y 149 CE no existe ninguna mención expresa de las asociaciones» (FJ 2a). No deja sin embargo el Tribunal de negar la evidencia, y en esta sentencia, además, redobla los esfuerzos por lograr lo imposible, esto es, dar unidad a una jurisprudencia incoherente y contradictoria. El empeño es ciertamente voluntarioso, pero no alcanza su objetivo. Se comienza diciendo que «como hemos reiterado desde la STC 5/1981, la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado» (FJ 7) pero se sigue desvinculando a aquél del art. 149.1 y dando al 81.1 un ámbito normativo propio, del cual han de partir después los títulos estatales (y posteriormente, los autonómicos, que también partirán de éstos). Vd. al respecto el FJ 2c.

Criticable resulta tanto la vinculación del precepto con el ejercicio del derecho, como que la conexión descrita baste con que sea indirecta, caminos ambos por los que sin duda el Estado va a poder transitar para ampliar fácilmente su competencia.

Finalmente, y pasando a otro tema, cabe decir que en la propia STC 133/2006 el TC ha hecho referencia al principio de proporcionalidad en relación con el art. 149.1.1,⁵¹ de modo que el legislador estatal debiera regular sólo cuestiones que resulten verdaderamente necesarias para la consecución de la igualdad que persigue el precepto.⁵² Pero parece dudoso que un principio de aplicación tan compleja como el de proporcionalidad pueda añadir algo en la práctica a los intentos de acotar el alcance del precepto. La dificultad de convenir en cada caso qué es proporcionado (o desproporcionado) al fin de lograr la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes parece evidente. La propia sentencia, cuando aplica el principio a las normas enjuiciadas, acaba concluyendo casi siempre la existencia de la mencionada proporcionalidad, de modo que como freno a la expansión del art. 149.1.1 el mencionado principio no parece que sirva especialmente.

5 · Los derechos y deberes como materia

El principal problema radica en determinar si se puede vincular al precepto con los principios rectores. La jurisprudencia ha sido muy dubitativa:⁵³ lo hace en la STC 32/83 con el derecho a la salud; en la 149/91 con el derecho al medio ambiente y en la 13/92 con la asistencia social, pero lo rechaza en la 152/88 en relación con el derecho a la vivienda, al preferir el art. 149.1.13. También en materia de protección de consumidores prefiere siempre en primer término otros títulos.

51 También en la STC 135/2006 se contiene una breve referencia al respecto en el FJ 2d.

52 Había abogado por el uso del principio de proporcionalidad Barnes, J., *ob. cit.*, p. 137 y ss. El propio autor reconoce, no obstante, que éste «en la práctica jurisprudencial, por otra parte, podrá constituir un límite modesto frente a la acción del legislador estatal, si se tiene en cuenta que el test de la proporcionalidad sólo dará positivo en casos muy claros».

53 En torno a ella, y en general al aspecto material del título que tratamos, vd. Cabellos Espiérrez, M. A., *Distribución competencial...*, *ob. cit.*, pp. 213-222. Dentro de la jurisprudencia cabe recordar alguna sentencia particularmente sorprendente, como la 75/90, que en su FJ 2 decía que el art. 149.1.1 era un precepto que «*sin versar, en rigor, sobre "materia" alguna* habilita al Estado para garantizar, en todo el territorio, determinados principios fundamentales» (cursiva mía).

La sentencia 61/97 dice que en su FJ 12 que:

«En términos positivos es de advertir que la “materia” sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce.»

Se habla, pues, de «derechos constitucionales» para excluir los sectores materiales en que éstos se integran, pero no se cierra expresamente la posibilidad interpretativa de incluir los preceptos del Título III que hablan de derechos, y que en tal medida también serían derechos constitucionales.

No hay, pues, una exclusión explícita de los principios rectores que hablan de derecho a algo, si bien lo que está claro es que vincular el 149.1.1 con los principios rectores que ni siquiera utilizan el término derecho pudiera resultar más discutible. El TC, en todo caso, no ha dicho hasta hoy nada concluyente al respecto, y la doctrina se divide, aunque domina la opinión favorable a incluir los principios rectores: entienden que el precepto se refiere a todo el Título I y, por tanto, también a los principios rectores, De Otto,⁵⁴ Baño León,⁵⁵ Barceló,⁵⁶ López Guerra,⁵⁷ Aja⁵⁸ y González Pascual.⁵⁹ Por su parte, Tudela Aranda alude a todo el Título I y a los derechos y deberes que se hallen fuera de él, por más que exponiendo su reticencia a incluir los del Capítulo III, que serían afectados por el art. 149.1.1 sólo en la medi-

54 Vd. De Otto, «Los derechos fundamentales...», *ob. cit.*, pp. 174-175.

55 Dada la especial vinculación del art. 149.1.1 —según este autor— con la igualdad sustancial, especialmente ligada a esos principios rectores Vd. Baño León, J. M., *Las Autonomías territoriales...*, *ob. cit.*, p. 266 y ss.

56 Vd. Barceló Serramalera, M., *ob. cit.*, p. 88 y ss. y 132.

57 Vd. López Guerra, L., «Consideraciones...», *ob. cit.*, p. 84. Entiende además este autor que también se vincula con los derechos ajenos al Título I.

58 Vd. Aja Fernández, E., «El artículo 149.1.1...», *ob. cit.*, p. 40. En idéntica línea, pero con menor argumentación (casi afirmándolo como un hecho evidente) Aragón Reyes, en *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 131-132.

59 Vd. González Pascual, M. I., *El proceso...*, *ob. cit.*, pp. 126-128. La autora alude no obstante a la necesidad de acudir a la colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas como medio para satisfacer los derechos sociales sin lesionar las competencias autonómicas.

da en que se pudieran entender como derechos subjetivos.⁶⁰ Y aunque lo cierto es que ni del precepto ni de la jurisprudencia se derive expresamente esta exigencia, sí que parece al menos exigible que para vincular un principio rector con el art. 149.1.1 aquél estuviera formulado como derecho (a la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado, a disfrutar de una vivienda digna...) mientras que en el resto de los casos⁶¹ establecer tal vinculación resultaría *a priori* más discutible.

6 · Uso actual del artículo 149.1.1 en la normativa estatal

Como se ha visto, la jurisprudencia ha cerrado en falso el problema de la interpretación del art. 149.1.1. La STC 61/97 sienta unas bases meritorias pero equívocas, que en la propia sentencia llevan a dar un alcance al 149.1.1 mayor del que sería esperable. La propia jurisprudencia, además, ha dado un alcance aún mayor al art. 149.1.1 cuando interviene sobre derechos fundamentales afectados por la reserva de ley orgánica, y en relación con la cuestión relativa a qué derechos abarca aquél, no se ha pronunciado claramente en torno a los principios rectores.

De todas estas indefiniciones se beneficia el legislador estatal, que aprovecha el 149.1.1 para suplir su falta de títulos en algunas materias, últimamente la asistencia social,⁶² y suplir asimismo la insuficiencia de mecanismos de cooperación en España, creando estructuras de cooperación.

Baste dar algunos ejemplos de todo ello correspondientes a los últimos años, y sin ánimo alguno, naturalmente, de ser exhaustivos. El art. 149.1.1 ha sido invocado en relación con —entre otros— los siguientes temas:

⁶⁰ Vd. Tudela Aranda, J., *Derechos...*, *ob. cit.*, p. 358.

⁶¹ Piénsese en el caso de los arts. 49 y 50 y en la normativa que el Estado ha dictado en los últimos tiempos al respecto, en particular la Ley de dependencia.

⁶² Acertadamente señala Barnes que el precepto «parece haber representado el papel de competencia-comodín. En ocasiones, sin necesidad ni rigor; en otras, ante las lagunas del sistema, en busca de un apoyo sólido» (*ob. cit.*, p. 158). El propio autor aboga por una reforma constitucional que reformule los arts. 148 y 149, que han quedado «en parte obsoletos, carecen de geometría y de la presencia de categorías de competencias funcionales; olvidan muchas cuestiones». Esto es cierto, tan cierto como que en España la sola idea de reformar la Constitución (más allá de añadir un par de palabras en un precepto, como se hizo en su momento) parece condenada a devenir imposible. Ante ello, sólo ha quedado la vía de poner un poco de orden a través de la reformulación de los catálogos competenciales estatutarios, como se ha hecho en el caso del Estatuto de Autonomía de Cataluña, con las consabidas impugnaciones recibidas.

- Concesión de ayudas ante catástrofes (por ejemplo, los Decretos-Ley 7/2002⁶³ y 8/2002⁶⁴ e inundaciones (por ejemplo y entre otros el Real Decreto-ley 2/2002).⁶⁵
- La ley orgánica del derecho de asociación (1/2002) en la que casi una treintena de preceptos derivan del art. 149.1.1 (y más de una veintena, del art. 81.1, pues no en vano el Estado ha tomado nota de la jurisprudencia constitucional que convierte a éste en un título competencial más; vd. DF 1 de la ley). La ley, como se ha visto, ha sido objeto de la STC 133/2006, que ha anulado en parte un par de preceptos.
- La ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (junto con el art. 149.1.16).
- La regulación de la protección de familias numerosas (ley 40/2003, junto con los arts. 149.1.7 y 17).
- Las situaciones de dependencia, en una norma (ley 39/2006) que supone la absorción de buena parte de las competencias autonómicas en materia de asistencia social. En vez de establecer unos estándares mínimos del derecho, se hace una regulación completa, se crea toda una estructura de cooperación, y se tutela con todo ello de principio a fin la actuación de las Comunidades Autónomas. Y la ley entera se dicta ex art. 149.1.1 (vd. D. F. 8^a), lo que supone llevar a éste mucho más allá de donde lo había ubicado la STC 61/97.⁶⁶

63 Sobre medidas reparadoras en relación con el accidente del buque «Prestige».

64 Por el que se amplían las medidas reparadoras en relación con el accidente del buque «Prestige» a las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, Cantabria y País Vasco, y se modifica el Real Decreto-ley 7/2002.

65 Por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por las lluvias torrenciales acaecidas el 31 de marzo de 2002 en Santa Cruz de Tenerife y en San Cristóbal de la Laguna (isla de Tenerife).

66 Lo expresa perfectamente Lasagabaster: «este papel de la Ley de dependencia, limitado a establecer esas condiciones básicas, no es tal. En primer lugar porque no se dictan “principios o reglas generales” que tengan un mero valor normativo, sino que se va mucho más allá. La Ley de dependencia se sustenta en la realización de convenios entre la Administración central y las autonómicas, convenios a través de los cuales se especifica el alcance de los derechos reconocidos de manera abstracta en la Ley y que precisan para ser operativos de la concreción de su contenido. Esta concreción se opera a través de esos convenios, convenios que dejan de ser normas, que no constituyen principios o reglas generales, sino que van mucho más allá. En segundo lugar porque al ser convenios forman parte ya de la actividad ejecutiva y no de la actividad legislativa o normativa. Esto quiere decir que en virtud del art. 149.1.1

Además se plantea la duda de si el 149.1.1 se ha de proyectar incluso sobre aquellos principios rectores que no están expresamente formulados como derechos.

- El establecimiento del modo de celebración de las pruebas para obtener el título de graduado en ESO para mayores de edad (RD 135/2002), los módulos del catálogo nacional de cualificaciones profesionales (RD 1228/2006) o aspectos «básicos» del currículum de enseñanzas diversas (RRDD 1629/2006, 1730/2006, 1631/2006, 665/2007...). En estos casos en invocación conjunta con el art. 149.1.30, sin que se vea muy bien qué aporta aquí el art. 149.1.1.
- La igualdad efectiva de hombres y mujeres, en la LO 3/2007, que basa una parte de su articulado en el 149.1.1. Véase en particular el Título II, referido a políticas públicas para la igualdad (planes, informes, estadísticas...) que no se sabe qué condiciones básicas de qué derecho desarrolla.
- La regulación del registro nacional de instrucciones previas y su fichero automatizado de datos (RD 124/2007; se invoca también el art. 149.1.16).

De lo anterior se desprende una imagen de heterogeneidad, de falta de hilo conductor. Ni se adivina bien qué aporta el art. 149.1.1 cuando se cita con otros, ni está claro en todos los casos que pueda concurrir cuando se cita solo. Podemos extraer la impresión de que el art. 149.1.1 es citado siempre que se pueda establecer una relación siquiera sea indirecta con un derecho, y/o siempre que se considere que el hecho de que se dicte una sola norma para todo el territorio con una misma regulación favorecerá de algún modo la igualdad en el ejercicio de un derecho.

CE el Estado realiza una política ejecutiva también en materia social, no limitándose a una regulación legal de carácter general». Vd. Lasagabaster Herrarte, I., *La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial*, REAF, 4, 2007, p. 145. En las páginas posteriores, razona el autor igualmente por qué no es posible hacer pender de la referencia al «marco institucional u organizativo» de las SSTC 61/97 o 290/00 un entramado como el que crea la Ley de dependencia.

7 • Recapitulación

Ante ello, cabe insistir en que el art. 149.1.1 no puede convertirse en el recurso frente a la ausencia de atribución por parte de la Constitución al Estado de competencias sobre materias que éste cree que debiera tener. En un Estado compuesto, la diversidad de regímenes en el ejercicio de los derechos es consustancial al mismo. Lo único que es exigible que no varíe es la regulación elemental del contenido (y no del ejercicio) de los derechos, de modo que las condiciones básicas deben abarcar el sujeto, objeto y garantías esenciales, y desde luego debiera renunciarse a fijar con el art. 149.1.1 regímenes jurídicos detallados que vengan a suplir las competencias que el Estado no tiene por otras vías o a imponer obligaciones de cooperación. Es obvio que fijar el alcance del art. 149.1.1 no es fácil, pues su tenor literal es particularmente complejo y abierto a múltiples interpretaciones, pero también parece obvio que la situación actual de conversión del precepto en un artículo comodín que vaya rellenando huecos competenciales del Estado, no debiera considerarse como normal y aún menos como definitiva. De lo que la jurisprudencia constitucional vaya haciendo al respecto en el futuro dependerán una cosa y otra.

LOS MECANISMOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS

JORDI NIEVA FENOLL

*Profesor titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. Introducción. La competencia del artículo 149.1.6 CE. 2. La tutela jurisdiccional civil. A. Competencia objetiva y territorial. B. Partes. C. Procedimiento. 3. La tutela jurisdiccional administrativa. El artículo 38.2. A. Competencia objetiva. B. Procedimiento. 4. La tutela del Consell de Garanties Estatutàries.

1 • Introducción. La competencia del artículo 149.1.6 CE

Pocos aspectos del *Estatut* de 2006 plantearán, a la larga, tantas incógnitas como el de la tutela jurisdiccional de los derechos que reconoce. Si se piensa, solamente, en el hecho de que la propia presencia de derechos en el texto estatutario no está exenta de polémica,¹ y que la competencia sobre organización jurisdiccional y legislación procesal pertenece exclusivamente al Estado al amparo del art. 149.1.5 y 6 CE, se entenderá que la cuestión que corresponde resolver en este trabajo pudiera parecer completamente cerrada en un primer examen.

Pero sin embargo, no es así.² Dejaré al margen la primera discusión, que no me corresponde resolver en absoluto, sobre la presencia de derechos en

1 Vid. Ferreres Comella, Víctor / Biglino Campos, Paloma / Carrillo, Marc, Derechos, deberes y principios en el nuevo estatuto de Cataluña, Madrid 2006. Díez-Picazo, Luis María, *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, Revista Española de Derecho Constitucional, año 26, nº 78, 2006, p. 63 y ss. Caamaño Domínguez, Francisco M., *Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 79, 2007, p. 33 y ss.

2 Traté este tema en Nieva Fenoll, Jordi, *La recuperació del dret processal català. Possibilitats constitucionals de desenvolupament*, Revista Catalana de Dret Privat, vol. 4, 2004, p. 193 y ss., y en Nieva Fenoll, *El recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000* (1ª parte), Revista Xurídica Galega, nº 33, 2001, p. 16 y ss. Vid. también Busto Lago, José Manuel, *Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas sobre las «necesarias especialidades» procesales que se deriven de su derecho*

el texto estatutario. Pero con respecto a la segunda, avancemos ya que el *Parlament* solamente tiene competencia para legislar en materia de Derecho procesal, si se hacen precisas especialidades en función de cuál sea el derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma (art. 130 del *Estatut*). El catálogo de derechos que consideraremos en este trabajo no es propiamente derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma, pero el contenido de estos derechos sí que puede entrar, en ocasiones, en ámbitos en los que el *Parlament* posea competencia exclusiva, o de desarrollo de las bases estatales. No me corresponde tampoco resolver esa complicada cuestión competencial, pero en la medida en que esa competencia sobre el derecho sustantivo exista de algún modo, la posibilidad de legislar en materia de Derecho procesal quedará abierta para la Comunidad Autónoma. Y en esa legislación sustantiva se pueden reconocer, lógicamente, derechos que desarrollen esa parte del texto estatutario, para cuya tutela también podría hacerse preciso legislar en materia procesal. En cualquier caso, en vía de principio tendría que ser rechazable una interpretación tan reduccionista que circunscribiera ese derecho sustantivo al Derecho civil propio o, aún peor, al Derecho civil catalán preestatutario.³

sustantivo propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio), Derecho Privado y Constitución, núm. 13, 1999, p. 81 y ss. Murillo García-Atance, M., *Algunas consideraciones en torno al concepto de «especialidad procesal» del art. 149.1.6 de la Constitución*, Revista de Derecho Civil Aragonés, 1997, III (núm. 2), pp. 73-80. Ortells Ramos, Manuel (con Cámara Ruiz y Juan Sánchez), *Derecho Procesal. Introducción*, 2000, p. 391. Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *Problemas procesales que plantean las leyes autonómicas de parejas de hecho*, Tribunales de Justicia, 2003 (juny), p. 1 y ss. Busto Lago, José Manuel, *Ámbito de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Derecho civil: especialidades en la regulación autonómica del recurso de casación en materia de Derecho civil propio de Galicia (A propósito de la STC 47/2004, de 25 de marzo)*, Derecho privado y Constitución, nº 18, 2004, p. 89 y ss. González Pillado, Esther, *El recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia tras la sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004 de 29 de marzo*, Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, nº. 1, 2005, p. 239 y ss. Trigo García, María Belén, *Normas consuetudinarias y recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia*, Actualidad civil, ISSN 0213-7100, Nº 21, 2005, pp. 2565-2592. Pardo Gato, Jose Ricardo, *La casación en las Comunidades Autónomas: la ley 5/2005, de 25 de abril, del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia*, Actualidad civil, nº 8, 2006, p. 924 y ss. Cámara Ruiz, Juan, *La nueva casación civil de Galicia*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 10, 2006, p. 139 y ss.

- 3 Ni siquiera el Tribunal Constitucional ha afirmado algo así, puesto que en las resoluciones en las que ha abordado el tema de las especialidades procesales, se suele limitar a afirmar la «necesaria uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales» (STC 146/1996 de 19 de septiembre, FJ 6), sin dar más razones al respecto. Solamente la STC 47/2004 de 25 de marzo, FJ. 11 y 13, representa una excepción, aunque tímida, en este sentido, con respecto a la casación gallega, puesto que admitió por vez primera la necesidad de las especialidades por la escasa cuantía de los pleitos gallegos, así como por el carácter parcialmente consuetudinario del Derecho gallego.

No obstante, para dar cauce a la tutela jurisdiccional de estos derechos, incluso sin pensar en esa hipotética legislación catalana de Derecho procesal, están disponibles los procedimientos ordinarios actualmente existentes en las Leyes de enjuiciamiento, pese a que dichas vías no sean, propiamente, las más adecuadas para enjuiciar la materia que nos ocupa. Por ello, aunque dichas vías ya existen en la legislación procesal general actual, es concebible que, en la medida que iré indicando después, se legisle sobre este tema desde *Catalunya* cuando sea posible, pero sin olvidar que podría —o según el caso debería— ser el propio Estado quien se ocupe de estas reformas, a fin de conferir la debida tutela a los derechos que se vayan reconociendo en los Estatutos de autonomía.⁴ Lo veremos a continuación.

En definitiva, de una cuestión que podría parecer que, en el fondo, tuviera únicamente valor programático, puede surgir un auténtico catálogo de derechos y garantías que no sólo sean tutelables por el *Consell de Garanties Estatutàries* en sus funciones dictaminadoras con motivo de la elaboración de leyes, sino que beneficiarán directamente al ciudadano, que los reivindicará, teniendo a su disposición las vías jurisdiccionales que iré indicando. De hecho, lo que desea todo ciudadano que lea ese catálogo de derechos es que los mismos tengan una auténtica efectividad para que no sean simplemente vanas declaraciones. El *Estatut*, por ejemplo, reconoce derechos lingüísticos con una claridad que no posee ninguna otra norma vigente en España. Por no hablar de los derechos de consumidores y usuarios que, aunque también reconocidos por la Constitución (art. 51), son tradicionalmente vulnerados, por poner sólo dos ejemplos que afectan muy cotidianamente a cualquier sujeto.

La efectividad de esos derechos debe ser tangible, y no debe representar solamente algo que se tenga en cuenta a la hora de legislar. Esos derechos deben ser percibidos por la ciudadanía como propios. Y para que ello se consiga, esos ciudadanos deben tener sencillas vías procedimentales para la reivindicación de esos derechos, cada vez que se vean vulnerados.

Veamos a continuación, por tanto, cuáles son esas vías en la actualidad, y cuáles deberían serlo si el *Parlament* decide legislar en materia procesal para estos concretos asuntos, aprovechando la pequeña competencia, naturalmente exclusiva, que le deja el art. 149.1.6 CE y el art. 130 del

4 *Vid.*, de momento, los Estatutos de autonomía de Andalucía (arts. 12 y ss), Aragón, (arts. 11 y ss), Comunitat Valenciana (arts. 8 y ss) e Illes Balears (arts. 13 y ss). Pero otras reformas en curso en el momento de redactar estas líneas, también prevén declaraciones de derechos.

Estatut, aun advirtiendo que debe evitarse que en caso de que el *Parlament* decidiera legislar en esta materia, pudiera producirse un solapamiento entre la tutela de derechos constitucionales (estatal) y la tutela de derechos estatutarios (autonómica), cuando su contenido sea coincidente. Desde luego, cuando la competencia sea exclusiva del Estado, o de la Comunidad Autónoma, el problema no debiera producirse, lo cual no quiere decir, tampoco en este caso, que sea aceptable una doble vía procesal. Pero en caso, como digo, de coincidencia, habrá que determinar muy claramente qué es lo que exige el *Estatut* en materia de legislación procesal, a fin de evitar algo que insisto que resulta claramente inaceptable: dos vías procesales para la protección de un mismo derecho. Lo veremos seguidamente.

2 · La tutela jurisdiccional civil

A buen seguro, los redactores de *l'Estatut* pensaron que la vía administrativa sería la más frecuente para denunciar la vulneración de estos derechos. Por ello el art. 38.2 atribuye competencia objetiva al Tribunal Superior de Justicia para conocer los «recursos» contra «actos» que vulneren los derechos reconocidos en los arts. 15 a 36, palabras entrecomilladas ambas que, obviamente, se están refiriendo al proceso jurisdiccional administrativo.

Pero ello no quiere decir que no se tuviera en cuenta que algunos de esos derechos deberán ser tutelados por la Jurisdicción civil, sin duda alguna, cuando quien los vulnere tenga una relación de Derecho privado —dejando al margen la competencia de la jurisdicción laboral o social— con la víctima. A tal fin, la palabra «actos» debe entenderse que se refiere también a los que realicen las personas de Derecho privado, pudiendo ser el «recurso» un medio de impugnación civil como el recurso de casación, por ejemplo. Esa es la intención demostrada de la norma estatutaria, y no me corresponde discutirla en absoluto ni ponerla en duda, sino simplemente mostrar cuál será su desarrollo si subsiste esta parte del *Estatut* tras los diferentes recursos de inconstitucionalidad planteados.

Esa relación de Derecho privado se produce, por ejemplo, con el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte, cuando la relación entre el paciente y el médico sea de Derecho civil, y no administrativo. O también se planteará con los derechos de consumidores y usuarios frente a los comerciantes que no les presten adecuadamente el bien de consumo. Sin

olvidar, por descontado, la vulneración de derechos lingüísticos, que donde más se produce actualmente es, precisamente, en el ámbito privado.⁵

La poca incidencia que hasta ahora ha tenido esta vía civil con respecto a los derechos fundamentales, salvo en lo que se refiere a los derechos al honor, intimidad y propia imagen, ha podido provocar que haya existido muy poca atención hacia este tema y que, por tanto, esté regulado procedimentalmente de manera inadecuada. Debería impedirse que los derechos estatutarios sean víctimas del mismo olvido, y por ello sería menester legislar adecuadamente en los próximos tiempos. A continuación ofrezco las claves de esa posible futura legislación.

A · Competencia objetiva y territorial

Tratándose de un asunto de Derecho civil, en principio serán objetivamente competentes para conocer la vulneración del derecho de que se trate los juzgados de primera instancia (art. 85 L.O.P.J.) Pero puede suceder que lo que reclame el ciudadano sea un derecho lingüístico como consumidor, al amparo del art. 34. En ese supuesto, y en caso de que las disposiciones de este artículo se extiendan hasta el derecho de los consumidores a disponer de la publicidad de los bienes de consumo en la lengua que elijan, podríamos estar, aunque es profundamente discutible, ante una cuestión de «publicidad». Y siendo así, resultarían competentes los juzgados de lo mercantil (art. 86.ter.2.a L.O.P.J.),⁶ o, por lo menos, la competencia de uno u otro órgano jurisdiccional podría resultar absolutamente controvertida.

Sin embargo, sin despreciar el problema anterior, la polémica principal estribará en la atribución de competencia territorial. El art. 52.1.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante L.E.C.) establece que los procesos para la tutela de derechos fundamentales se sustanciarán exclusivamente ante el juzgado del domicilio del demandante, es decir, de la persona que considera que se le ha vulnerado un derecho. Pero el problema es

5 Pla Boix, Anna Maria, *La llengua al nou Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Revista d'estudis autonòmics i federals, nº 3, 2006, pp. 289-290.

6 «Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a. Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.»

que no existe un fuero de competencia territorial improrrogable para la tutela de los derechos estatutarios, por lo que se abren dos opciones:

- La primera, considerar analógicamente aplicable el art. 52.1.6º L.E.C. al procedimiento que nos ocupa. Pero ello tiene el inconveniente de que los fueros de competencia territorial improrrogable, por definición y como cualquier característica de un procedimiento especial, deberían ser de interpretación restrictiva, porque de hecho están establecidos para supuestos con clara vocación de especificidad.⁷ Y por mucho que la protección que se dispensa a los derechos fundamentales deba ser, a este nivel, comparable con la que se otorgue a los derechos estatutarios, e incluso, como advertí, en algunos casos el contenido del derecho sea coincidente en la Constitución y en el *Estatut*, ciertamente no se tratará siempre exactamente del mismo supuesto, y por ello es difícil que la propuesta interpretación analógica prospere, pese a que sería la más lógica.
- Por consiguiente, no queda otra solución que acudir a los fueros generales de los arts. 50 y 51 L.E.C., lo que provoca el tremendo problema de que el ciudadano habrá de litigar, normalmente y según disponen esos preceptos, en el juzgado del domicilio del demandado, es decir, de la persona que finalmente puede ser considerada infractora del derecho. Y ello, además, tiene el inconveniente de que existirán supuestos en los que el demandado no tenga su domicilio en *Catalunya*, lo que puede traer el contrasentido de que acabe juzgando sobre la protección de los derechos estatutarios un tribunal en cuya Comunidad Autónoma no esté vigente el *Estatut*.

A fin de remediar todos estos inconvenientes, dándole un cauce razonable a la defensa de los derechos estatutarios, es obvio que la debida pro-

⁷ La doctrina no ha profundizado demasiado sobre este punto, pero cuanto digo se puede comprobar observando que si no existiera la especificidad, no se hallaría la necesidad del procedimiento especial. Y si los procedimientos especiales admitieran interpretaciones analógicas, finalmente se convertirían en trasuntos de procedimientos ordinarios, y además harían mucho más insegura la correcta determinación del procedimiento a la hora de interponer la demanda. Cfr. Sobre esta interpretación restrictiva uno de los pocos autores que se refiere, aunque superficialmente, a esta cuestión es: Jauernig, Othmar, *Zivilprozeßrecht*, München 2002, p. 348 y ss.

tección del derecho sustantivo, en este caso, haría necesario legislar en esta materia para eliminar esas disfunciones. Y siendo así, cuando no sea posible equiparar el derecho estatutario y el derecho fundamental, entiendo que la estrecha competencia en materia de Derecho procesal del art. 149.1.6 podría llegar a desplegar sus efectos, siempre que el Estado no decida establecer un procedimiento general para la defensa de derechos estatutarios de cualquier Estatuto de autonomía, que quizás sería lo más conveniente en aras de la uniformidad procedimental.

Sea quien fuere el que legisle, lo más adecuado, en teoría, sería empezar disponiendo la competencia objetiva exclusivamente de los juzgados de primera instancia, excluyendo a los juzgados de lo mercantil, para eliminar la duda —aunque pequeña— antes planteada, evitando absurdas declinatorias que lo único que harían sería obstaculizar la protección del derecho del ciudadano. Ello sólo resulta posible para el Estado, puesto que se trata de una materia con reserva de ley orgánica, y por tanto persistirá el antes anunciado problema competencial —en materia de publicidad— entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil mientras el Estado no proceda a una reforma de la ley orgánica del Poder Judicial.

También sería necesario acometer una reforma en materia de competencia territorial. En este sentido, y pese a que con respecto a las personas jurídicas y empresarios siempre podría conseguirse litigar en el lugar donde desarrollen su actividad, es decir, en el lugar donde se hayan puesto en contacto con el ciudadano consumidor (arts. 50.3 y 51), estimo que resulta preferible, para mayor claridad, señalar un fuero de competencia territorial improrrogable a favor del domicilio del demandante, ciudadano de *Catalunya*, con la finalidad no solamente de que el proceso se sustancie en el domicilio de la persona cuyos derechos pueden haber sido vulnerados, sino también de que estos litigios siempre sean celebrados ante tribunales cuya sede esté en dicha Comunidad Autónoma, que son los que más preparados estarán para conocer las disposiciones del *Estatut*, cosa que normalmente no ocurrirá con los órganos jurisdiccionales de otra Comunidad Autónoma, como resulta lógico, puesto que escasísimas veces tendrán que consultar sus disposiciones para resolver un litigio. Siendo ésta la situación, se hace necesario legislar, por tanto, en materia de competencia territorial. Y siendo éste un tema que dará problemas también en el resto de normas estatutarias, entiendo preferible que legisle el Estado de manera general en este punto, habida cuenta de la estrecha y problemática competencia autonómica en materia de Derecho procesal en este particular.

B · Partes

Las partes en este procedimiento son claras. En la parte activa, es decir, la demandante, existirá una persona, con vecindad civil catalana o no (art. 15 EAC) que reivindique los derechos que le otorga el *Estatut*.

Pero lo que más puede sorprender es que en la parte pasiva puede figurar, realmente, cualquier persona física o jurídica que haya vulnerado esos derechos, con independencia de su lugar de residencia o de su vecindad civil, lo que tiene como consecuencia que las disposiciones del *Estatut* le vinculen, pese a no tener ni residencia ni vecindad, como digo, en Catalunya.

Desde luego, pueden concebirse perfectamente situaciones en que ello sea así: una empresa que opere en *Catalunya*, pero cuyo domicilio esté en otra Comunidad Autónoma, lo único que tendrá en Catalunya, probablemente, será una actividad comercial desarrollada a través de un representante, que aparte del propio hecho de la representación, nada tenga que ver con la empresa. Pues bien, en estos casos se producirá un litigio en el que propiamente se estará discutiendo sobre el respeto del resto de españoles a las disposiciones del *Estatut*.

Dejando al margen las consecuencias políticas de lo anterior, que no son objeto de este trabajo, desde la perspectiva procesal poco resta que añadir que no sea teoría general de las partes. Es decir, habría que insistir en que todas las partes litigantes deben tener capacidad procesal para poder actuar en el proceso jurisdiccional. Pero ello resultaría redundante con lo que ya dispone la L.E.C. (art. 10), y además recuerda la enorme mayoría de la doctrina, desde hace muchísimos años, en este punto: que parte litigante, simplemente, es aquél que pide en un proceso, y aquél frente a quien se pide.⁸ Por ello, en este aspecto no se hace necesario legislar desde la Comunidad Autónoma.

C · Procedimiento

En el aspecto en el que inequívocamente se hará necesario legislar, es en el del procedimiento a través del cual deberá sustanciarse el proceso

⁸ Vid. entre otros, Chioyenda, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal*. Traducción de Casais a la tercera edición de la obra «*Principii di Diritto Processuale*». Madrid 1977, p. 6. Allorio, Enrico, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 1955, pp. 129-130. Jauernig, Othmar, *Zivilprozeßrecht*, München 2002, p. 56.

para la defensa de los derechos estatutarios. Pero realizando una advertencia de entrada que resulta muy importante: no son necesarios más procedimientos especiales. Es decir, debe romperse con la costumbre, algo inveterada, de que cada vez que alguien legisla sobre una materia, tiene la tendencia, errónea normalmente, a pensar que es preciso regular un procedimiento especial para que se sustancien más rápida y eficazmente los procesos que versen sobre el tema legislado.⁹

Como digo, ello supone incurrir en un tremendo error porque, actualmente, el hecho de que los procesos puedan sufrir de lentitud, no se debe de manera relevante a que las normas procedimentales no sean lo suficientemente ágiles, sino a causas estructurales de la Administración de Justicia en su conjunto, que no sólo no se ven remediadas a través de la creación de procedimientos especiales, sino que se agravan muy considerablemente con la existencia de la complejidad procedimental.¹⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, que se resumiría en la conclusión de que no es precisa la creación de nuevos procedimientos especiales, pasemos a analizar esta materia.

Actualmente, cuando alguien intente interponer una demanda para la defensa de derechos estatutarios, se encontrará ante la misma tesitura que la antes analizada con respecto a la competencia territorial. Es decir, debería determinarse si puede recurrirse a la vía analógica y, por tanto, iniciar el mismo procedimiento especial que el que existe en defensa de los derechos fundamentales (art. 249.1.2º),¹¹ o bien hay que acudir al procedimiento declarativo ordinario que corresponda.

⁹ Para la descripción y crítica de esta tendencia, por todos, Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, T. II, Barcelona 1997, p. 801 y ss.

¹⁰ Por ello la E. de M. (inciso XIX) de la L.E.C. afirmó la supresión casi total de los antiguos procedimientos civiles especiales, si bien esa supresión no se produjo en realidad. *Vid.* Nieva Fenoll, *Guía para el uso de las especialidades procedimentales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, 2001, nº 5231, p. 1732 y ss. Aguilera Morales, Marien, *Especialidades de los procesos declarativos ordinarios*, Tribunales de Justicia, nº 7, julio 2001, p. 1 y ss.

¹¹ Sobre este procedimiento, *vid.* Fairén Guillén, *El procedimiento «preferente y sumario» y el recurso de amparo en el art. 53.2 de la Constitución*, Revista de Administración Pública, 1979, nº 89, p. 207 y ss. Gimeno Sendra, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Anales de la Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 1982, nº 1. Lorenzo Jiménez, J. V., *Las garantías jurisdiccionales penal y civil en la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, RDProc., 1987, nº 2, p. 291 y ss. Vicente Díaz, M., *La protección procesal civil de los derechos fundamentales*, Actualidad Civil, 1988 (2), p. 1741 y ss. Fairén Guillén, Víctor, *Posible e inadecuado desarrollo del art. 53.2 de la Constitución (procedimiento preferente y sumario) en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*,

En este caso concreto, vuelvo a concluir que me parece que no es aplicable la analogía. La L.E.C. establece pocas especialidades en este procedimiento, pero las dos principales no parecen adecuadas al ámbito de lo que se va a discutir en estos casos. La primera de ellas es el hecho de imponer el procedimiento ordinario —es decir, no el verbal—, lo cual, además, supone un incumplimiento constitucional flagrante. El art. 53.2 impone la «sumariedad» como característica de este procedimiento en defensa de los derechos fundamentales. Y por su extensión, es obvio que el procedimiento ordinario es precisamente el menos sumario de los existentes en la L.E.C.¹² Pero esa ya es otra cuestión.¹³

Por añadidura, como segunda especialidad relevante en este momento, el art. 477.2.1º L.E.C. establece claras facilidades para poder recurrir en casación en el curso de este proceso, puesto que no requiere ni la acreditación de interés casacional ni una cuantía mínima del proceso.

Pues bien, en mi opinión, todo ello tiene un escaso sentido en el proceso que se está analizando: el de defensa de derechos estatutarios. En primer lugar, como digo, es un claro e innecesario exceso que haya de celebrarse todo un procedimiento ordinario, con su demanda, contestación, audiencia previa, juicio y sentencia, cuando en muchos de estos casos ni

RDPr. 1999, nº 1, p. 32. AAVV, (coord. Jiménez Conde), *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Murcia 2002. Sala Sánchez, Pascual, *La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria y constitucional*, en: AAVV (coord. Gimeno Sendra), «El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje al Profesor Almagro Nosete», Madrid 2007, p. 135 y ss.

12 Vid. Sala Sánchez, *La protección de los derechos fundamentales*, cit. p. 149.

13 Significando «sumario» breve, en el recto sentido que a este término se le ha dado desde el propio nacimiento de estos procedimientos, prescindiendo ahora de matices. Vid. al respecto Fairén Guillén, *El juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo*, en: «Temas del ordenamiento procesal», Madrid 1969, p. 828 y ss. Montero Aroca, Juan, *La herencia procesal española*, México 1994, p. 66. Y vaya por delante que el concepto histórico era muy claro. Decía acertadamente De Hevia Bolaños, Juan, *Curia Philipica*, tomo I, reimpresión de la edición de Madrid 1797, Valladolid 1989, p. 43, que «juicio sumario» es aquél en que «se procede sumaria, y simplemente, de plano, sin estrépito, ni figura de juicio, en los casos particulares que ha lugar.» No obstante, el concepto se ha adulterado bastante con respecto específicamente a la tutela constitucional, para hacer salvable el texto constitucional, y por ello ha sido necesario afirmar que sumariedad implica solamente que en esos procesos se juzgan única y exclusivamente las partes del conflicto que afecten a derechos fundamentales y libertades públicas, lo que supone una injustificada restricción del concepto y, de hecho, si se siguiera esa terminología, sumarios habrían de ser, por esa razón, todos los procedimientos especiales, lo que a todos luces es excesivo. Vid. sobre esta cuestión Garberí Llobregat, José, *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, 2007, p. 28.

siquiera será necesaria la celebración de prueba ni, de hecho, de la audiencia previa. Pero en segundo lugar, tampoco parece que deban tener una aplicación aquí las facilidades para la interposición del recurso de casación, puesto que la norma que se refiere al interés casacional ante los Tribunales Superiores de Justicia no es, en principio,¹⁴ restrictiva en cuanto a la admisión,¹⁵ por lo que no sería necesaria la aplicación de la matización descrita. Además, lo único que exige el *Estatut* en esta materia (art. 38.2) es que exista un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, lo cual ya está presente en la legislación actual, puesto que el art. 478.1 de la L. E.C. dispone que «*corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de autonomía haya previsto esta atribución.*» Aunque, con todo, debe decirse que será muy problemática esta competencia objetiva cuando se alegue la vulneración, además, de derechos constitucionales, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., puesto que en ese caso resultaría exclusivamente competente la sala primera del Tribunal Supremo, punto éste sobre el que debiera reflexionarse muy seriamente en el futuro.

Siguiendo, por tanto, la línea que ya fue anunciada en un principio y, por tanto, no utilizándose la analogía en este caso concreto, al amparo de la L.E.C. el procedimiento para sustanciar estos procesos deberá determinarse en función de la cuantía que actúa como cláusula de cierre para decidir qué procedimiento deba ser concretamente aplicable en los casos en que no esté específicamente determinado en la norma procesal. Y dando cumplimiento a esa norma, el procedimiento será, de los dos declarativos existentes —el ordinario y el verbal— normalmente el ordinario, en aplicación del art. 250.2 L.E.C., puesto que la cuantía de estos procesos será habitualmente inestimable. Y ello nos trae como consecuencia que, nuevamente, la discusión sobre la vulneración de estos derechos podría hacerse demasia-

14 Aunque todo depende, evidentemente, de la interpretación que realice la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Y es de lamentar que, últimamente, se está observando una tendencia restrictiva que podría hacer cambiar el juicio expresado en el texto principal.

15 Aunque sí de interpretación muy compleja. *Vid.* Nieva Fenoll, Jordi, *El recurso de casación civil*, Barcelona 2003, p. 214 y ss.

do cara y farragosa, lo que impediría a los ciudadanos acceder a las vías de tutela jurisdiccional.

En este sentido, creo que hay que partir de la base de que la tutela de los derechos estatutarios debe ser veloz y eficaz, porque dichos derechos se incardinan en la norma estatutaria como la esencia y fundamento de todo el resto del texto y de la protección que está llamado a otorgar. Es por esa misma razón por la que, como acabo de mencionar, el constituyente, en 1978, aunque incurriendo en una imprecisión terminológica y quizás, con todos los respetos, en una cierta ingenuidad,¹⁶ dispuso el carácter preferente y sumario de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Pero al margen de esos defectos de técnica jurídica, el constituyente acertó en el juicio de que estos procesos debían ser sustanciados de manera rápida para que el ciudadano percibiera con facilidad la vigencia de sus derechos.

Pues bien, esa misma rapidez debe ser otorgada, por descontado y por identidad de razón, a los derechos estatutarios. Pero no en función de una preferencia en la tramitación, que en las condiciones de trabajo actuales de los juzgados no hay forma humana de asegurar por completo. O en virtud de una supuesta sumariedad, que haría que estos procesos fueran resueltos prácticamente *prima facie*, lo que tampoco resulta oportuno teniendo en cuenta la enjundia jurídica de lo discutido. Además, teniendo presente lo dispuesto en el art. 447 de la L.E.C., si se calificara de auténticamente sumaria esta tutela, las sentencias que se dictaran en estos procesos tendrían un fragilísimo efecto de cosa juzgada, al amparo de esa absurda disposición legal que hurta estos efectos a los procesos sumarios.¹⁷

Por todo ello, el procedimiento que se escoja debe ser, en primer lugar, rápido, y en segundo término, debe asegurar el debido sosiego procedimental para que el juez pueda decidir sobre materias que pueden acabar resultando bastante complejas de resolver.

El procedimiento que conjugaría la rapidez con la debida reflexión habría de ser el procedimiento verbal, pero con contestación escrita, al estilo del procedimiento que está dispuesto en el art. 753 de la L.E.C. con respecto a los procesos inquisitivos. En el resto de fases del procedimiento

16 Lo indico de ese modo porque la preferencia que pueden otorgar los tribunales muchas veces no es más que teórica, debido a los problemas estructurales de los tribunales, y acaba dependiendo, simplemente, de la buena voluntad de cada oficina judicial.

17 Y cuya aplicabilidad en estos procesos de tutela de derechos fundamentales descarta Garberí Llobregat, *Proceso administrativo*, cit. p. 29.

verbal, y a fin de no complicar el procedimiento creando un nuevo y complicado procedimiento especial, el proceso habría de ser exactamente igual que cualquier otro procedimiento verbal (arts. 437 y ss. L.E.C.), siendo recomendable que efectúe la correspondiente remisión el legislador estatal con carácter general, habida cuenta de la estrecha competencia autonómica en esta materia, que ya fue analizada anteriormente, y teniendo muy presente la jurisprudencia constitucional en este punto, todavía más restrictiva.¹⁸ Desde luego que este procedimiento verbal tiene sus inconvenientes en la normativa que lo reglamenta, pero no se debería aprovechar la regulación de unas escasas especialidades consecuencia del derecho sustantivo para modificarlo y corregirlo, puesto que ello contribuye a la dispersión procedimental. Por ello, es absolutamente preferible dejar la regulación del procedimiento verbal tal y como está, pese a sus inconvenientes, introduciendo la única modificación de la contestación escrita.

Todo ello se hace necesario para evitar que los ciudadanos deban acudir a un procedimiento ordinario, lo que puede resultar, como indiqué, demasiado caro y costoso para la tutela inmediata, eficaz, y perceptible por la ciudadanía, que sin duda la norma estatutaria intenta conferir.

3 • La tutela jurisdiccional administrativa

Como indiqué anteriormente, el legislador del *Estatut* estaba pensando claramente en los órganos administrativos como posibles vulneradores de los derechos estatutarios. Y por ello se hace referencia directamente al recurso contencioso-administrativo contra sus actos. Sin embargo, la referencia tiene unas ulteriores implicaciones que analizo seguidamente.

A • Competencia objetiva

En el art. 38.2 se determina la competencia objetiva del Tribunal Superior de Justicia de *Catalunya* para conocer de las demandas que los ciudadanos presenten contra actos administrativos que vulneren los derechos estatutarios. No obstante, ello no quiere decir que el Tribunal Superior de Justicia

¹⁸ Como indico, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, representada en esta particular cuestión por la STC 127/1999 de 1-7, FJ 5, no es precisamente favorable en este sentido.

sea siempre directamente competente para conocer en primera instancia estas demandas. Eso es lo que disponía la propuesta de reforma que salió del *Parlament*,¹⁹ que creaba incluso una sala especial de garantías estatutarias en el Tribunal Superior de Justicia. Pero habida cuenta de la modificación actualmente vigente en este punto, debe entenderse que dicho recurso no siempre será directo, sino que es perfectamente planteable que se trate de un recurso de apelación contra la sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo, perfectamente viable con el régimen en vigor de la LJCA.

Sin embargo, es importante señalar que no se realiza una matización en cuanto al órgano administrativo del que provenga el acto, en el sentido de concretar que la administración de la que provenga sea la autonómica.

Entiendo que aunque el *Estatut* no realiza la matización, por el hecho de que un órgano administrativo de fuera de Catalunya realizara ese acto contrario al derecho estatutario, no por ello ganaría inmediata competencia el Tribunal Superior de Justicia. Ello iría en contra de lo dispuesto en el art. 152.1 C.E., que delimita claramente, igual que el art. 70 L.O.P.J., el ámbito territorial de los Tribunales Superiores de Justicia: la Comunidad Autónoma.²⁰

Pero es que además, una interpretación contraria a lo indicado podría llevar al resultado, entiendo que no buscado, de que se superara también lo dispuesto en el art. 74 de la ley orgánica del Poder Judicial, creándose probablemente una antinomia o, mucho más grave, haciendo que un Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma pudiera juzgar sobre los actos administrativos de un ministro, por ejemplo, lo que a todas luces parece excesivo. Ello tiene importancia en materia de derechos lingüísticos, puesto que vincula a la Administración General del Estado en *Catalunya* (art. 37.1). Pero se plantea la cuestión, que no me corresponde resolver, sobre si afectaría a esa misma Administración del Estado, fuera de *Catalunya*, actuando sobre un catalán.

No obstante, debe advertirse de que de la literalidad del art. 38.2 no se desprende esta matización, que sí se realiza, por ejemplo, en el art. 39 del

19 Art. 38.2 Los actos que vulneran los derechos reconocidos por los Capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los Derechos y Deberes de los ciudadanos de Cataluña, son objeto de recurso directamente ante una sala de garantías estatutarias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los términos y mediante el procedimiento establecido por la ley orgánica del poder judicial.

20 «Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.»

Estatuto de Andalucía.²¹ Y lo cierto es que no haciendo ni la ley orgánica del Poder Judicial ni la LJCA referencia al objeto de este juicio (la protección de derechos estatutarios), podría haberse llegado a la conclusión de que, efectivamente, cualquier acto administrativo, provenga de la administración que provenga, siempre que vulnere derechos estatutarios de un ciudadano de *Catalunya*, podrá ser objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de *Catalunya*. Pero creo que toda la argumentación precedente descarta claramente dicha hipótesis.

B • Procedimiento

El art. 38.2, para la sustanciación de la tutela jurisdiccional en estos casos, remite a «*los procedimientos establecidos en las leyes*». Y de nuevo, con una norma así volvemos a tener el mismo dilema que con respecto al proceso civil. Existiendo un procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales en el art. 114 y ss. LJCA,²² se abre la posibilidad de utilizar la analogía, o bien de entender que ha de ser aplicable el procedimiento ordinario de la LJCA. O bien, por último, cabe pensar en la necesidad de que el legislador catalán cree un nuevo procedimiento, en atención a las especialidades de derecho sustantivo que pudieran producirse por la existencia de los derechos estatutarios en el ámbito competencial de la Generalitat.

Por identidad de razón con respecto al proceso civil, me veo obligado a abogar por que no sea analógicamente aplicable el procedimiento para la protección de derechos fundamentales acabado de citar. Pero la alternativa no es demasiado halagüeña. Cuando conozca en primera instancia estos procesos el Tribunal Superior de Justicia, el único cauce procedimental posible al amparo de la LJCA es el procedimiento ordinario, y no el abreviado, pensado sólo para órganos unipersonales (art. 78 LJCA). La conclusión de ello vuelve a ser la misma que para el proceso civil. Pese a

21 «*Los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado.*»

22 Sobre el mismo *vid.* por todos, Garberí Llobregat, *Proceso administrativo*, *cit. passim*. Tornos Mas, Joaquín, *El procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, en: Leguina Villa y Sánchez Morón (dir.), «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Valladolid, 1999, p. 515 y ss.

que el procedimiento ordinario pueda asegurar también una tutela rápida, más breve habría de ser el seguimiento en todo caso del procedimiento abreviado.

Lo que parece claro es que los cauces procedimentales que ofrece la ley, descartado el procedimiento de los arts. 114 y ss. LJCA, no resultan adecuados para la consecución de esa rápida tutela. La posibilidad de legislar desde *Catalunya* está escasamente abierta, por las mismas razones antes expuestas, al amparo del art. 149.1.6 C.E. Pero insisto en que se trata de evitar la proliferación de procedimientos especiales, no cediendo a la tentación de crearlos cada vez que aparece una nueva norma sustantiva, como es el caso.

Por ello, creo que la mejor solución, en este caso concreto, sí que es acudir a la regulación de los arts. 114 y ss. LJCA. La razón por la que previne de esta misma solución con respecto al proceso civil era bastante clara: el procedimiento ordinario establecido no garantizaba, en absoluto, la rapidez y sencillez de la sustanciación del proceso. Pero en cambio, el «procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona» de la LJCA sí que posee dicha eficacia, sólo impedida por las mismas causas estructurales que ya referí en su momento. Pero procedimentalmente no se trata de una mala regulación, al menos a mi juicio, concediéndose amplias posibilidades de inadmisión al órgano jurisdiccional, lo que podría ayudar a controlar la proliferación de estos procesos que antes mencioné.

Por ello, estimo que la regulación procesal en este caso debería limitarse a remitirse a este procedimiento, siendo nuevamente recomendable que la remisión la realice la legislación estatal, y no la autonómica, por las razones de jurisprudencia constitucional que ya indiqué. Además, con esta solución, como dije, se evita la aparición de un nuevo procedimiento especial. Por fortuna, las leyes administrativas no son ricas en la existencia de estos procedimientos especiales, pero debería procurarse que así siguiera siendo, en beneficio de una regulación procesal que no acabe resultando injustificadamente sobrecargada, lo que sólo perjudica a los litigantes y a los tribunales, puesto que acaba generando su confusión.

4 · La tutela del Consell de Garanties Estatutàries

Aunque en las condiciones actuales el tratamiento de este tema supera lo que cabría esperar del estudio de un procesalista, debo referirme muy

brevemente a la misión del *Consell de Garanties Estatutàries*,²³ puesto que está citado por el art. 38.1 como el órgano tutelar por excelencia de los derechos estatutarios.

La lectura de las funciones del *Consell* en el art. 76 no parece dejar lugar a la duda. Su competencia es meramente dictaminadora de proyectos de normas de las instituciones de la *Generalitat*. Dicho de otro modo, no tiene funciones jurisdiccionales en el sentido de determinar irrevocablemente el derecho en el caso concreto,²⁴ habida cuenta de que, claramente, las normas dictaminadas tienen un alcance general. Y además, por descontado, sus dictámenes pueden ser vinculantes, pero carecen de una eficacia siquiera similar a la cosa juzgada.

Por otra parte, por lo que se deduce del texto estatutario y por el Proyecto de Ley del *Govern* antes citado (aunque haya sido retirado para que el *Parlament* elabore por sí mismo el proyecto), desaparece la insólita competencia del *Consell Consultiu* para conocer sobre la legalidad de un reglamento de la *Generalitat* a instancias de un juez, sin carácter vinculante.

Sin embargo, la denominación de este *Consell* recuerda bastante a la del Tribunal de Garantías Constitucionales que estableció el art. 121 de la Constitución de 1931, y cuyas funciones eran similares en parte a las del Tribunal Constitucional. La propia existencia de derechos estatutarios hunde su raíz en las «garantías de los ciudadanos» de los arts. 29 y ss. del *Estatut de Núria* de 1931,²⁵ denominación ésta de «garantías» que la denominación del actual *Consell* no parece haber superado. Y el hecho de que se establezca dicho órgano como tutelar de los derechos estatutarios, aunque dicho *Estatut* de 1931 no preveía ningún órgano parecido, hace pensar en la posibilidad de que este órgano sea, en realidad, un embrión de Tribunal Constitucional de la Comunidad Autónoma, pese a que esa tampoco fue la intención del texto que fue aprobado por el *Parlament* —no así de algunos de sus redactores—, antes de su paso por las Cortes Generales.

No obstante, si esa constituyera la intención de futuro, la oportunidad de su creación, al margen de otras consideraciones de índole exclusivamente política, debería ser contemplada a la luz de la propia discusión sobre la

²³ Vid. el Proyecto de Llei del Consell de Garanties Estatutàries de 22-5-2007 (nº expedient 200-00021/08).

²⁴ Vid. Serra Domínguez, Manuel, *Jurisdicción*, en: «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona 1969, p. 50.

²⁵ Vid. Tornos Mas, Joaquín, *Los Estatutos de Autonomía de Cataluña*, Iustel – Institut d'Estudis Autònòmics, 2007.

existencia de un Tribunal Constitucional diferente de un Tribunal Supremo. Es decir, habría que valorar si existiendo ya un órgano que culmina los grados de jurisdicción —y no las instancias— en la Comunidad Autónoma, como es el Tribunal Superior de Justicia,²⁶ es necesaria la creación de un Tribunal Constitucional, con todos los riesgos de conflictos entre ambos tribunales que ya conocemos. Me corresponde solamente realizar la advertencia sobre la existencia de esta posible realidad futura. Pero su viabilidad, evidentemente, no siendo derecho vigente, debe quedar reservada a dicho futuro.

²⁶ Cuya denominación también proviene del art. 14 del *Estatut de Núria*.

