

LOS DERECHOS PÚBLICOS ESTATUTARIOS

Por Miguel A. Aparicio Pérez

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Barcelona

y

Por Mercè Barceló i Serramalera

Catedrática de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Barcelona

1. Líneas generales de encuadramiento; 2. Los derechos como materia estatutaria: 2.1. El reconocimiento de derechos como contenido de los Estatutos de Autonomía; 2.2. Los límites constitucionales y/o estatales a los derechos reconocidos estatutariamente. 3. Rasgos generales de los modelos estatutarios en presencia: Coincidencias y diferencias en las reformas. 4. Los derechos estatutarios como derechos públicos subjetivos y su interrelación con los principios rectores. 5. Los derechos públicos estatutarios como complemento de las normas iusconstitucionales y como creadores de nuevos ámbitos subjetivos de poder: 5.1. La concreción y complemento de las disposiciones iusconstitucionales; 5.2. La creación de nuevos derechos con rango y naturaleza propios. 6. Los derechos públicos estatutarios como concreción de la previsión constitucional del Estado democrático y social.

1. Líneas generales de encuadramiento.

Desde el mismo inicio del Estado autonómico, a partir de la aprobación de los Estatutos de Autonomía vasco y catalán, uno de los caracteres que visualmente más comenzó a destacar fue el de la singular e intencionada semejanza de formato entre los entonces nuevos Estatutos y el texto constitucional con la utilización, incluso, de un muy parecido lenguaje normativo: el tono solemne de los preámbulos, la división sistemática de sus distintas partes, la invocación a la soberanía del pueblo propio y otros varios elementos ponían muy en primer término la reivindicación del valor simbólico que se quería otorgar al Estatuto como auténtica Constitución del territorio autonómico.

Esa línea se ha continuado en los actuales procesos de reforma y, a base de repetir en la insistencia, se ha introducido en los Estatutos algo que, sin duda, puede modificar, al menos, su propia naturaleza política de manera importante. A partir de las reformas ya aprobadas o con texto más o menos definitivo (Valencia, Cataluña, Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla León, Castilla-La Mancha), en intensidades y contenidos diversos, están surgiendo muchos Estatutos no sólo con un mayor parecido textual al de la norma fundamental (piénsese, además del correspondiente título sobre derechos, que todos ellos contienen un nuevo título, anteriormente ausente, sobre el Poder Judicial) sino también con una mayor asimilación de contenido constitucional. De alguna forma, con estos complementos poco hay que diferencie a los Estatutos, no solo externamente sino también en sus grandes referencias materiales, de cualquier texto constitucional tanto de los propios de los estados miembros de una federación como de la propia constitución federal: en el fondo parecen querer cumplir la obligación impuesta por el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano

(establecer la división de poderes y el reconocimiento de derechos) para ser Constitución.

Por supuesto, ello no quiere decir que la introducción de los actuales elementos hayan resituado a esos Estatutos en lugar distinto al que venían ocupando dentro del sistema de fuentes, porque sin la menor duda se mueven dentro de los anteriores espacios del bloque constitucional¹; lo que sí quiere decir, en cambio y por lo que después se verá, es que han adquirido un nuevo ámbito de fuerza activa y pasiva frente al resto de normas (incluida la Constitución) como consecuencia de proyectar su positividad sobre elementos estructurales básicos del propio sistema normativo constitucional en los que anteriormente no incidían y que parecían ser reductos naturales exclusivos del texto constitucional.

La expresa intención de regular un sistema propio de derechos y libertades que supongan la expresión de una de las principales facetas del autogobierno manifestada de esta forma en los Estatutos de Autonomía, aunque necesariamente haya de ser en colaboración con el sistema constitucional, ha venido a poner de relieve la imposible disociación en las actuales democracias entre la posibilidad de ejercicio de un poder político propio y el reconocimiento de derechos y libertades públicas. Visto en esta perspectiva, la polémica sobre la pertinencia del reconocimiento de estos derechos en los Estatutos de Autonomía es, además de vacua, interesada,

¹ Vid. M. Barceló i Serramalera: *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Barcelona, Atelier, 2004, págs. 149, donde se afirma: “De este modo, los estatutos de autonomía, aunque no sean en nuestro ordenamiento leyes constitucionales, pues no existe entre nosotros este tipo normativo explícito y sea evidente su subordinación a la Constitución, constituyen una categoría normativa intermedia entre ésta y las demás leyes, incluidas las otras leyes orgánicas (excepto las del art. 93.1 CE): al ejercer la función de incorporar a sus mandatos normativos las remisiones constitucionales y, al especificarlas, actúan como norma de integración y coextensión directas de la propia normatividad constitucional. Su posición en el ordenamiento es, pues, de clara superioridad respecto de las demás normas y ello debe tener forzosamente consecuencias en caso de colisión”.

como se verá.

Para conseguir este complemento inescindible al ejercicio del poder político propio (el Estatuto como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma y, en consecuencia, también como norma de regulación de las relaciones entre instituciones y ciudadanía que dan lugar a deberes y derechos), las técnicas utilizadas se han encuadrado dentro de las características jurídicas y políticas de ese mismo poder: desde la conversión de competencias de contenido servicial en derechos sociales y prestacionales de los ciudadanos y/o personas hasta la creación de derechos concretos de participación de nuevo cuño que podían desenvolverse en los márgenes de la actuación representativa de las instituciones autonómicas, pasando por auténticos derechos de libertad civil (testamento vital) allí donde el derecho civil propio se halla vigente o donde la manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto puede determinar la inacción de las instituciones autonómicas. Y estas técnicas han dado lugar a un reconocimiento más o menos amplio, más o menos detallado de derechos estatutarios concretos según las específicas voluntades de reforma de cada territorio y también, con carácter general, han dado lugar al establecimiento de los llamados “principios rectores” sobre los que más tarde tendremos ocasión de efectuar algunos comentarios. A partir de ahí se pueden observar una serie de elementos comunes a la mayoría de los Estatutos y una serie de elementos individualizados o específicos.

Por de pronto convendrá referirse, como cuestión previa, a aquellos planteamientos que cuestionan cualquier reconocimiento estatutario de derechos, para después, dejándolos atrás, tratar de hallar aquellos puntos comunes y divergentes de las reformas que, sin duda, abren un nuevo campo de estudio en nuestra disciplina cuyo objeto principal será el de abordar los problemas dogmáticos que generará ese nuevo engranaje de derechos en red en la esfera interna del Estado.

2. Los derechos como materia estatutaria

2.1. *El reconocimiento de derechos como contenido de los Estatutos de Autonomía*

Al margen de las muy variadas campañas de los medios de comunicación, buena parte de la doctrina que ha polemizado sobre las propuestas de reforma estatutaria ha tenido escasa precaución en ocultar su malquerencia por las propuestas que fue introduciendo la reforma en Cataluña. Una de las más debatidas y, por lo general, con un bajo perfil de argumentación jurídica, es la relativa a la presencia de un catálogo de derechos estatutario.

La mayor parte de esos planteamientos doctrinales se recogen en los dos principales recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (el interpuesto por los parlamentarios del Grupo Popular y por el Defensor del Pueblo, respectivamente) donde se viene a argumentar con cierta contundencia que, como principio, las normas estatutarias sobre derechos son inconstitucionales porque no son materia propia de los Estatutos.

El más radical en este sentido es el presentado por el Defensor del Pueblo quien afirma que la inclusión en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de un Título I en el que se aborda el reconocimiento de un extenso listado de derechos y deberes y una serie adicional de principios rectores que limitan u orientan la futura actividad de los poderes públicos catalanes, difícilmente puede considerarse como un conjunto de normas que integre el contenido propio o natural de un Estatuto de Autonomía². Según el recurrente, sólo los

legisladores orgánico u ordinario (no el estatutario) pueden regular el desarrollo y el ejercicio de los derechos y libertades; por otra parte, añade, los Estatutos no son Constitución, ni el Estado de las Autonomías es un Estado Federal; tampoco corresponde a los Estatutos –sigue diciendo- la tarea de otorgar a los ciudadanos de cada Comunidad Autónoma derechos distintos a los que a todos los españoles garantiza la norma fundamental; y, menos aún, termina, se puede marginar al legislador estatal de los derechos a través de impedirle participar en la iniciativa de reforma estatutaria. Advierte así una quiebra de la reserva material estatutaria contenida en el artículo 147.2 CE y de la libertad del legislador estatal como legislador de los derechos establecida en el artículo 66.2 CE.

Con mayores matices, el recurso del Partido Popular³ considera constitucionalmente inaceptable que un Estatuto pretenda suplantar la función normativa de la Constitución o tratar de equipararse a ella en su aspecto externo; y le recrimina el haber modificado el sistema constitucional de garantías e incluir derechos fundamentales con contenido innovador, en contra de una reserva de ley orgánica prevista para el desarrollo de los derechos en la Constitución, aunque admite que, en caso de competencia plena, sí puede desarrollar derechos de carácter económico y social⁴.

² Vid. el Recurso de Inconstitucionalidad que interpone el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, págs. 11 a 25 del texto mecanografiado.

³ Vid. el Recurso interpuesto por los diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Texto mecanografiado sin numeración de páginas.

⁴ Convendrá seguir muy de cerca las siguientes actuaciones de estos recurrentes a medida que vayan aprobándose las reformas estatutarias en curso. Porque, aunque no tan profuso como el catalán, el Estatuto valenciano dedica un título entero (Título II “De los derechos de los valencianos y valencianas”) al reconocimiento de derechos y no ha sido motivo de recurso alguno; como tampoco lo será probablemente el andaluz en este punto. Curiosa

No muchos más argumentos podrían aportarse para defender la ilicitud constitucional de las declaraciones de derechos (aunque la mayoría de autores parecen referirse sólo a la contenida en el Estatuto catalán). Luis María Díez-Picazo⁵ reitera una vez más el argumento de la reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales; y también el relativo al establecimiento de límites materiales a la actuación del legislador que acotaría injustificadamente el ámbito de la regla de la decisión por mayorías⁶. Quizá lo novedoso estribe en afirmar que admitir que los Estatutos de Autonomía pueden recoger declaraciones de derechos es tanto como admitir que las Cortes Generales pueden dar unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles, argumento que viene a llamar “del legislador esquizofrénico” o “del legislador abúlico”.

Y aun en otro tipo de discurso se moverían los trabajos de Víctor Ferreres y de Paloma Biglino que critican la declaración de derechos catalana (de nuevo a ella sola) no tanto en términos de inconstitucionalidad, la cual se predica exclusivamente de determinados preceptos (así Ferreres), como en términos de oportunidad⁷.

inconstitucionalidad, pues, aquella que aparece y desaparece según del Estatuto de que se trate.

⁵ Luis María Díez-Picazo: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, págs. 63-75.

⁶ En este sentido afirma: “Admitir las normas estatutarias declarativas de derechos equivaldría, así, a admitir que en ciertas Comunidades Autónomas se puede estrechar dicho terreno del proceso político democrático; y esto es lo mismo que privar a los ciudadanos por vía estatutaria de algo que tenían por vía constitucional. Si no existieran esas normas estatutarias declarativas de derechos, se aplicaría sólo el Título I de las Constitución y los ciudadanos –o sus representantes- podrían debatir y votar sobre más cosas”, *Op. Cit*, págs. 71-72.

⁷ V. Ferreres Comella: “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña” y P. Biglino Campos: “Los espejismos de la tabla de derechos”, ambos en *Derechos*,

En este sentido y, como juicio general sobre estas y otras varias posiciones críticas, existen cuestiones en las que se puede calibrar el grado de desacuerdo, como la oportunidad política o la mayor o menor cualidad técnica de las reformas; pero hay otras del todo inconvenientes que sobrevuelan desde la tacha de inconstitucionalidad *a radice* hasta el achaque de una cierta inmoralidad substancial agazapada al parecer tras las diversas propuestas normativas que subyace en los recursos de inconstitucionalidad.

Pues bien, sin que intentemos contraponer a estos argumentos la conocida “fuerza normativa de lo fáctico” (prácticamente todas las reformas estatutarias han incorporado un sistema propio de derechos), lo cierto es que estos argumentos no convencen: ni existe tal reserva de Constitución en la propia Constitución para el reconocimiento y desarrollo de derechos y deberes de carácter público (naturaleza pregonable de los derechos estatutarios, como se dirá), ni las reservas de ley constitucionales impiden o excluyen los naturales supuestos de colaboración internormativa (más o menos amplios en función de si la reserva es de ley orgánica) tanto con los Estatutos de Autonomía, como con las leyes autonómicas o como con cualquier otro tipo de normas; entre otras razones, además, porque el sentido de las reservas constitucionales se dirige a los tipos normativos y no específicamente a los concretos órganos de los que pueden proceder esos diversos tipos. Es más, esta colaboración, y aún convivencia normativa, deviene obligada porque en el sistema de distribución competencial no existe una cláusula general de atribución al Estado o a las Comunidades Autónomas sobre la regulación de derechos y deberes constitucionales⁸.

deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, CPC, Madrid, 2006, págs. 9 a 37 y 39 a 61, respectivamente.

⁸ En otros términos: “En nuestro sistema se parte, como en el sistema alemán, de una atribución puntual sobre materias que, o bien coinciden en todos sus aspectos con el

De ello se deduce, de manera inmediata, que, aunque los Estatutos de Autonomía no sean evidentemente “constituciones” de los estados miembros de un sistema federal, tampoco cuentan con prohibición alguna para regular materias de competencia propia. Es más, como es bien sabido, ese es el contenido “duro” que les exige el art. 147. 2. d) CE⁹. A partir de ahí, y bajo la cobertura del “principio dispositivo”, esa regulación deberá incluir no sólo el contenido competencial, más o menos determinado o especificado, sino también lo que el entramado competencial implica de relaciones jurídicas y de poder para con sus ciudadanos; esto es, la forma de ejercicio de esa competencia desde la perspectiva de la ciudadanía. Y la forma de ejercicio se puede dejar al libre arbitrio o discreción del ente titular o se puede someter a

reconocimiento de un determinado derecho del Título primero, o bien sólo hacen referencia a aspectos sectoriales de la misma. Para el Estado esta atribución es automática, pero no así para las Comunidades Autónomas que, para que sea efectiva, deben asumir además la competencia en su Estatuto de Autonomía respectivo. De esta manera no todas las Comunidades Autónomas tendrán las mismas competencias para regular los derechos y deberes constitucionales, ni, por tanto, será el mismo el despliegue normativo que el Estado haga frente a cada una de ellas”. M. Barceló: *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*. Madrid, Civitas, pág. 83.

⁹ El objeto de la reserva establecida en el artículo 81.1 CE es la aprobación de la norma estatutaria. El sentido del artículo 147.2 CE, por lo tanto, en conexión con el artículo 81.1 CE, sólo se alcanza si se entiende que aquél tiene la función de imponer ciertos contenidos mínimos al estatuto, cuya regulación, sin embargo, no se define en relación con materia alguna, sino en atención a la posición institucional del ente que el propio Estatuto hace nacer. Siendo ello así, cobra aquí su mayor importancia el procedimiento de elaboración y reforma de cada concreto estatuto. Son las voluntades territorial y general, de común acuerdo en algunos estatutos y unilateralmente en otros, las que pueden establecer como objeto de regulación contenidos derivables, e incluso ajenos, al artículo 147.2 CE (no es el caso de la regulación de los derechos), cuyo límite se encuentra en el texto constitucional; todos estos contenidos constituirán la materialización del objeto reservado a la ley orgánica. Por tanto, cualquier regulación constitutiva o fundacional de la Comunidad Autónoma que atienda a su concreta posición institucional, como es el caso de los derechos y deberes de la ciudadanía deducibles de un concreto ejercicio competencial, constituye el objeto reservado de la ley orgánica que aprueba o modifica el estatuto de autonomía. En este sentido, vid. M. Barceló i Serramalerá: *La ley orgánica.... Op. Cit.* págs. 105-108.

más concretas determinaciones normativas de manera que su desenvolvura prevea los cauces de proyección y los sujetos afectados.

El contenido regulador de derechos es, pues, una manifestación legítima de la capacidad normativa estatutaria. La cuestión se hace aún más clara si se pasa de una cierta mitología constitucional a la más desnuda teoría del derecho: si se entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica y si se puede afirmar que en la Constitución no existe prohibición alguna de que los Estatutos contengan normas que adscriban expectativas a una generalidad de sujetos, la conclusión no puede ser otra que la de que los Estatutos son instrumentos normativos hábiles para la creación de derechos subjetivos; y de derechos públicos subjetivos específicamente.

Esto, sin embargo, no obscurece el dato de que, en nuestro sistema, las normas estatutarias sobre derechos no cumplen las mismas funciones ni son “lo mismo” que las normas constitucionales sobre derechos. Las regulaciones iusconstitucionales son en gran medida un contenido necesario de los modernos textos constitucionales en las actuales democracias y, aunque los derechos y libertades “constitucionales” pueden reconocerse mediante una multiplicidad de instrumentos, el requerimiento de una superior garantía para los derechos fundamentales les sitúa con naturalidad dentro del texto constitucional y con el carácter de normas de aplicación directa y, en muchas ocasiones, preferente. En cambio, en los Estatutos de Autonomía no existe ni esa necesidad ni esa inherencia: un Estatuto de Autonomía tendrá mayor o menor campo de aplicación, tendrá mayor o menor capacidad de proyección jurídica sustantiva, pero seguirá en la misma posición dentro del plano constitucional tanto si contiene declaración de derechos como si no la contiene.

De esta manera es como aparecen las normas iusestatutarias cuyas diferencias respecto de las demás normas autonómicas operan en razón de su contenido material, pero no en función de su naturaleza jurídica: ni las normas iusestatutarias crean un sistema “constitucional” de garantías de los derechos por ellas establecidos, ni regulan materias sobre las que los poderes autonómicos, en el ejercicio de su autogobierno, no puedan operar o como sujetos obligados o como sujetos creadores de normas; es decir, no regulan materias sobre las que los poderes públicos autonómicos tengan que abstenerse de actuar por carecer de competencia para ello.

Y es que, en nuestra opinión, y desde la perspectiva de la relevancia jurídica, la introducción estatutaria de un sistema de derechos lo que supone es el reconocimiento de un plus de poder jurídico o de un determinado status económico y/o social de las personas/ciudadanos frente a (o en relación con) los sujetos públicos afectados. Estos últimos pueden ver, de esta forma, disminuida no su capacidad de poder (si así fuera, nos moveríamos con un concepto de poder “suma cero” difícilmente compatible con el propio concepto jurídico de competencia) sino, en el pleno ejercicio de su poder, su capacidad de elección entre diversas alternativas; es decir, cerrándose muy visiblemente el arco que originariamente pudiera describir el abanico de la discrecionalidad en el momento de la toma de decisiones.

Este elemento pone de relieve que los derechos estatutarios, sobre todos los demás aspectos, hacen destacar un componente o nuevo añadido a la delimitación de opciones al poder político en la antigua trayectoria seguida por los derechos públicos desde su primera aparición en el proceso de sujeción de la actividad pública al derecho. No poseen como objetivo principal el impedir el uso arbitrario del poder (de los poderes), pues esa cuestión, en forma de principios y derechos fundamentales, se halla sobradamente garantizada por la Constitución, sino el dar un paso más y prefigurar positivamente la acción

normativa y de gobierno en el ejercicio de las propias competencias para asegurar esferas de poder participativo y *recepticio* prestacional a los ciudadanos.

Por todo ello, como se verá, estas normas iusestatutarias son las que mejor especifican y conforman la aplicabilidad del modelo de Estado social consagrado en el artículo 1 de la Constitución y la vertiente participativa del Estado democrático, tan poco desarrollada en el texto constitucional.

2.2. Los límites constitucionales y/o estatales a los derechos reconocidos estatutariamente.

Dada por supuesta la capacidad de los Estatutos de Autonomía no sólo para regular sino también para establecer *ex novo* derechos públicos subjetivos en la forma en que, como pronto se verá, lo han realizado las reformas comentadas, inmediatamente surge la pregunta sobre los límites constitucionales a estos reconocimientos.

Como es fácil de ver, el primer límite que surge en un Estado compuesto como el nuestro es el derivado del propio sistema de reparto competencial. En este punto, casi todas las reformas se apresuran a indicar¹⁰ que el reconocimiento de derechos no supondrá asunción de nuevas competencias o títulos competenciales distintos, al modo en que también lo declaraba la Carta europea de derechos.

¹⁰ En redacción casi “tipo” introducida a partir de las modificaciones sufridas por la propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña a su paso por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados que dispone: “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. 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”.

Esta declaración de expresa autocontención en el mejor de los casos es inútil cuando no complica innecesariamente el panorama competencial. Y complica el panorama porque tal cláusula debe funcionar en un doble viaje de ida y vuelta: el principio competencial en materia de derechos vincula tanto a las Comunidades Autónomas como al Estado central.

A las Comunidades Autónomas, según se ha indicado de pasada, no les está vedado competencialmente el regular materias con contenidos de derechos; antes al contrario, todas las atribuciones competenciales en sus más variados tipos –exclusivos o compartidos– entregan materias que presuponen que el ejercicio de esa competencia entraña, entre otras facetas, la regulación de la afectación de uno o varios derechos: la autonomía institucional y de organización da entrada a los derechos de participación; la financiera a los deberes tributarios y a las posibles actividades de fomento; y las competencias materiales al reconocimiento de obligaciones en el sentido más arriba comentado. Materialmente, estas competencias afectan de manera excepcional a los derechos fundamentales y a las libertades públicas contenidas en la sección primera del Capítulo II del Título I (derecho a la educación, derecho de asociación o acceso a los medios de comunicación, son algunos ejemplos), pero ampliamente se vuelcan en el ámbito de los denominados derechos de tercera generación (derechos de los consumidores, urbanismo, derecho a la vivienda o derechos culturales, asistencial social, entre otros).

Y es que al Estado tampoco le corresponde la competencia universal en materia de derechos públicos, como podría deducirse de la posición de algún

autor¹¹: lo impide el sistema de distribución competencial; y lo impide, también, el propio concepto de autonomía que no sólo posibilita a las Comunidades Autónomas el poder crear un ordenamiento jurídico propio para su singular proceso político, sino también el poder formular autónomamente decisiones políticas fundamentales sobre la relación entre ciudadano-ente autónomo, las funciones públicas o la concepción de sus objetivos autonómicos¹².

El segundo límite, conectado con el anterior, viene determinado por el principio de integración constitucional que, se proyecta, en el campo que estamos tratando, sobre dos cuestiones diferentes: por un lado, sobre la consideración unitaria del ordenamiento bajo la supremacía constitucional y, por otro, sobre el principio complementario de articulación (no contradicción) entre la regulación estatal de los derechos y las regulaciones autonómicas.

La unidad del ordenamiento bajo la supremacía constitucional viene a significar que la adecuación entre las normas estatutarias y la Constitución no se consigue únicamente a través del principio formal de no contradicción sino que, además, ha de producirse una integración material mediante la asunción de los grandes elementos que componen el llamado orden público constitucional (los valores y principios derivables del sistema general de los derechos fundamentales en orden a la mayor eficacia de los derechos, el juego de las presunciones, la carga de la prueba, la limitación de la discrecionalidad de los poderes públicos, etc.).

¹¹ P. Biglino, critica la reforma catalana porque, a su juicio, parte del presupuesto que posee una competencia “universal” en materia de derechos. *Op. Cit.* pág. 55 y sig.

¹² Por eso, sólo desde una perspectiva estrictamente centralista se puede compartir la posición de L. Favoreu de que los derechos fundamentales sólo pueden recogerse en normas “formalmente” constitucionales, en *Droit des libertés fondamentales*, Paris (Dalloz) 2005, pág. 109

Pero también, como segunda cuestión, supuesto lo anterior y dando por repetido lo que se indicaba sobre el reparto competencial, la legislación estatal actúa como un límite a la actividad normadora estatutaria cuando entran en escena los distintos supuestos de reserva de ley estatal y, más específicamente, los supuestos de reserva de ley orgánica para los derechos fundamentales de la sección 1ª del capítulo segundo del Título I CE, a quien según el artículo 81.1. CE corresponde el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. En tal aspecto, aunque numéricamente el problema es relativo, puesto que como se ha dicho son pocos los derechos fundamentales abiertos a las Comunidades Autónomas en el sistema de reparto competencial, su importancia surge cuando de lo que se trata es de hallar los criterios en virtud de los cuales se delimita la materia y queda garantizado el principio de reserva de ley orgánica; delimitación que se expandirá o contraerá según se entienda esta reserva como una pieza del sistema de fuentes o como una norma de reparto competencial¹³.

Mayor dificultad, en cambio, ofrece el entender como límite¹⁴ la competencia estatal para fijar las condiciones básicas “que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, ex artículo 149.1.1. CE. En tal sentido, los verdaderos límites a las competencias autonómicas pueden resultar del principio general de igualdad entre los españoles de los diversos territorios autonómicos (art. 139.1 CE), entendido sin embargo en la forma flexible en que lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional (legitimación de la existencia de una pluralidad de situaciones jurídicas dentro de estándares

¹³ Vid., al respecto, M. Barceló i Serramalera: *La ley orgánica.....Op. cit.* págs. 50 y sig.

¹⁴ Así lo entiende sin matices M. Carrillo, “La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos”, en *Derechos, deberes..., Op. cit.*, pág. 74.

básicos de unidad)¹⁵, y de la prohibición de privilegios económicos y sociales derivada de las diferencias entre Estatutos que admite el artículo 138.2 CE.

Por el contrario, esa función limitadora no se halla en la competencia estatal para conseguir, a posteriori, esos niveles básicos de unidad o estándares de igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos. Porque véase que, en sí misma, no es más que una atribución

¹⁵ Como es sabido, sobre la interpretación de este precepto se han formulado tres posiciones distintas: la que ha entendido el mandato del artículo 139. 1 de la CE como un mandato de uniformidad; la que ha defendido que lo que en él se prescribe es un mandato de homogeneidad mínima; y la que considera que el mencionado precepto establece un mandato de igualdad de todos los españoles ante cada ordenamiento jurídico de las distintas comunidades autónomas. Desde la primera de las perspectivas mencionadas, el artículo 139.1 CE comprendería, como se ha dicho, un mandato de uniformidad, en el sentido de imponer un legislador único en materia de derechos y deberes –sería el legislador estatal- de manera que se sustraería a las comunidades autónomas cualquier competencia normativa de regulación. Esta es la conclusión que alcanzó el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias (STC 25/1981), pero resultó ser una decisión aislada y sin trascendencia ulterior. En resoluciones inmediatamente posteriores, cuyo punto de partida es la STC 37/1981, se rechazó que el mandato de igualdad que el artículo 139.1 CE contempla consista en establecer una “rigurosa y monolítica uniformidad” del ordenamiento que implique una “monolítica” igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos en cualquier parte del territorio estatal. Esta afirmación, ciertamente, rompe con la anterior posición, pero, a pesar de que exprese sin dificultad alguna lo que constituye el contenido negativo del artículo 139.1 CE, no precisa, en cambio, cuál debe ser su contenido positivo. Seguramente, es la tercera de las interpretaciones mencionadas la más respetuosa con la concreta forma de organización territorial que establece la Constitución. Desde esta perspectiva, la norma contenida en el artículo 139.1 CE impondría un mandato de igualdad de todos los españoles ante cada ordenamiento autonómico. Es decir, la igualdad proclamada en el artículo 139.1 significaría una exigencia de igualdad ante cada ordenamiento autonómico y para todos los que estén sometidos o resulten afectados de algún modo. Pero no implicaría, por el contrario, una igualdad de posiciones jurídicas entre todos los españoles, en la medida en que están sometidos a ordenamientos distintos. Por lo tanto, y si se atiende a esta última interpretación, que parece que también se encuentra en algunas sentencias del Tribunal (STC 37/1987, 173/1998), el límite que el artículo 139.1 CE impone a las competencias autonómicas para la regulación de los derechos y deberes es el respeto a la igualdad de todos los que estén sometidos al ordenamiento jurídico propio o, lo que es lo mismo, prohíbe la discriminación en el seno de cada ordenamiento autonómico. Para estos extremos, vid. M.A. Cabellos, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Madrid (CEPC) 2001, especialmente págs. 7-88.

competencial al Estado central; la manifestación de una especie de otorgamiento de poder de vigilancia o tutela que sólo opera como límite cuando es utilizado. De manera que el límite no se halla en su existencia sino en la concreta utilización que el Estado central efectúe de esa competencia y en los ámbitos en los que pueda proyectarla. Y la diferencia es importante porque el artículo 149.1.1. CE nunca puede ser invocado *a priori* como parámetro de constitucionalidad para juzgar las disposiciones estatutarias y actuaciones normativas o ejecutivas autonómicas (habrá que esperar al pronunciamiento normativo estatal) sino, al contrario, para juzgar las actuaciones normativas o ejecutivas del Estado central: antes de poder realizar una tacha de “desigualdad” en una actuación normativa o ejecutiva autonómica se habrá de verificar si la actuación normativa “niveladora” del Estado posee legitimidad constitucional.

3. Rasgos generales de los modelos estatutarios en presencia: coincidencias y diferencias en las reformas

Hasta ahora son tres los Estatutos reformados y en vigor (Valencia, Cataluña, Andalucía) y cinco los que siguen en las Cortes Generales para su aprobación como ley orgánica (Aragón, Baleares, Canarias, Castilla León, Castilla-La Mancha).

Sin embargo, no puede afirmarse que todas esas reformas hayan seguido un modelo predeterminado. Ni siquiera la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, con tan amplio eco y gran acompañamiento de las más singulares polémicas, ha servido en sus diversos extremos como modelo a imitar; más bien en algún supuesto parece haber sido tenido como verdadero “contra-modelo”. En cualquier caso, cada reforma ha planteado sus propios objetivos y con unas u otras técnicas a esos objetivos ha pretendido responder.

Desde esta óptica y dejando por el momento la diferenciación entre Estatutos de régimen común y Estatutos de régimen especial o diferenciado, se podrían hacer tres grandes grupos de reformas según la intensidad y extensión en la regulación de los derechos y de sus garantías. El primer grupo estaría representado por aquellas reformas que, al margen de lo que pueda resultar en su definitiva eficacia, parecen haber asumido el nivel más elevado de proclamación de derechos: aquí se hallarían las reformas de los Estatutos catalán, andaluz y, con una estructura parecida pero con un menor grado de detalle, los Estatutos de Castilla y León y de Castilla-La Mancha. Un segundo grupo, de nivel medio, en el que se constata una cierta selección y reducción del número y aún de la concreción de derechos así como una cierta canalización de las garantías a través de la anunciada Carta de derechos sociales por aprobar mediante ley ordinaria autonómica: el prototipo de este grupo está representado por la reforma de los Estatutos de la Comunidad Valenciana y de las Islas Baleares y también, con ciertos matices, por la del Estatuto de Aragón (que no hace sin embargo referencia a la Carta de derechos). Y, finalmente, el tercero –cuyo indudable liderazgo es ostentado por la reforma del Estatuto canario– sería aquel que no concede ni importancia práctica ni importancia teórica a su posible declaración autonómica de derechos y se remite *in totum* a las declaraciones constitucionales, europeas e internacionales en la materia, a pesar de que se fijen objetivos (normas de programación) que en cierta forma se vinculan con la promoción de determinados derechos sociales. Con estas diferencias se hace obvio el indicar que las siguientes consideraciones se referirán de manera exclusiva a los dos primeros niveles.

En óptica positiva, dos son, en principio, los elementos comunes en lo que respecta a los derechos reconocidos en esos Estatutos: su predominante carácter de derechos social-prestacionales y, de forma subordinada, de participación, y su dependencia, en orden a su contenido y garantías, respecto

de lo determinado por “la ley” en orden a su completo perfeccionamiento normativo que, con todo, permite caracterizarlos, como después se insistirá, como derechos públicos subjetivos. Y desde una vertiente negativa, destaca también lo que no son: en general no son derechos de exigibilidad directa (por la remisión a que acabamos de referirnos) pero tampoco propiamente, al menos en su totalidad, son derechos de configuración legal.

Por otro lado y según también hemos apuntado, en los dos primeros grupos de reformas aparece todo un capítulo destinado a los “Principios rectores”, auténticas normas finalistas o de programación cuya fuerza de vinculación no va más allá de la función informadora de los principios como normas de optimación, pero que en cambio cumplen una función política importante en el panorama de la propia forma constitucional de Estado: la de configurar a través de disposiciones jurídicas concretas los elementos operativos del Estado social y democrático de derecho, como también tendremos ocasión de subrayar.

Pero, como también decíamos, existen elementos comparativos de diferenciación. Además de reconocer derechos de prestación y de participación, es obvio que varias reformas han aprovechado la introducción del sistema de derechos en sus respectivos textos para subrayar como tales derechos determinados elementos (“hechos”) diferenciales: una cierta reivindicación de derechos históricos, los derechos lingüísticos allí donde hay lengua propia, derechos apegados a determinadas insularidades, etc.

Además, estos dos primeros modelos también mantienen diferencias comparativas en materia de extensión (número) e intensidad (contenido) de los derechos que se reconocen y de las garantías que los acompañan. Tales disimilitudes, por tanto, no hacen referencia únicamente a una cuestión de cantidad sino también a una cuestión de la naturaleza jurídica del sistema de

derechos que se introduce, que es apreciable desde una doble perspectiva. La primera haría referencia a la capacidad de incidencia en otras esferas normativas de los derechos reconocidos en los distintos Estatutos, lo que llevaría a distinguir tres suertes de niveles iusestatutarios: el que estaría normando un sistema de derechos de doble vertiente, que por un lado complementarían el sistema constitucional e internacional y por otro erigiría un modelo propio con capacidad autoaplicativa; el que serviría exclusivamente de complemento a las normas constitucionales e internacionales; y, finalmente, el que se situaría, en el mejor de los casos, como repetición o recordatorio de los derechos constitucionales e internacionales vigentes en España. Los Estatutos de Andalucía, Cataluña, Castilla y León y Castilla-La Mancha, pertenecientes al primer grupo de Estatutos, contendrían mayormente derechos del primer y segundo nivel, mientras que el grueso de derechos reconocidos en los Estatutos que hemos situado en el segundo grupo se situarían sólo en el nivel intermedio de los indicados.

La segunda de esas perspectivas estaría referida a las distintas densidades normativas según las respectivas concreciones que en cada derecho se otorga a la extensión de sus titulares (personas vs. ciudadanos vs. oriundos), a los elementos de su contenido o intensidad de su reconocimiento y, especialmente, al sistema propio de garantías. Así, en todas las reformas en que se ha introducido el reconocimiento expreso de derechos, aparece, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al medio ambiente e, incluso, con diversas denominaciones, el “europeo” derecho a la “buena administración”. Pero no en todas ellas se les otorga ni la misma proyección-concreción ni las mismas capacidades de exigencia ni tampoco las mismas especificidades de su régimen jurídico: las del primer grupo, especialmente los Estatutos andaluz y catalán, se situarían en un nivel de concreción superior que va descendiendo a medida que nos acercamos a las reformas del segundo grupo. Y en todas las reformas del primer grupo de

Estatutos aparece un capítulo dedicado a las garantías de los derechos (aunque de intensidad distinta), pero se omite cualquier referencia a ellas en los Estatutos balear, valenciano y aragonés.

De este modo, el que el Estatuto de Cataluña reformado vincule, por ejemplo, la viabilidad de un proyecto o proposición de ley al informe favorable del Consejo de Garantías Estatutarias no implica sólo un plus de protección institucional; implica también la introducción de un modelo garantista interno con pretensión de funcionamiento autosuficiente en la fase previa concreta en que se introduce. O el que el Estatuto andaluz contenga una exhaustiva lista de derechos sociales y de participación, muy superiores en número y en delimitación de contenido a los que se recogen en la mayoría de Estatutos, aunque su concreción definitiva se encomiende a la delimitación legislativa parlamentaria autonómica, no significa tampoco una diferencia de número sino una diferencia de sistema.

Por lo tanto, supuesta la pareja normatividad general de todos y cada uno de los Estatutos, sistemáticamente, sin embargo, sus normas específicas pueden funcionar de muy distinta forma e incidir de muy diferente manera en los concretos ámbitos regulados repercutiendo, en su conjunto, en la propia naturaleza jurídica de cada Estatuto.

De este listado comparativo de coincidencias y disidencias entre Estatutos nos hemos propuesto desarrollar con mayor detenimiento tres cuestiones que han surgido unas líneas más atrás: los derechos estatutarios como derechos públicos subjetivos y su interrelación con los principios rectores; los derechos públicos estatutarios como complemento de las normas iusconstitucionales y como creadores de nuevos ámbitos subjetivos de poder; y cerrará estas páginas un apunte relativo a los derechos públicos estatutarios como concreción de la previsión constitucional del Estado democrático y social.

4. Los derechos estatutarios como derechos públicos subjetivos y su interrelación con los principios rectores

En realidad, los sistemas de derechos así introducidos basculan entre objetivos mínimos, medios o máximos de sus respectivos programas de asunción de obligaciones sea por parte del parlamento o sea por parte del gobierno o, en general, por parte de los diversos poderes públicos autonómicos y juegan, por tanto, con unos criterios muy elásticos a la hora de determinar qué sea un derecho o libertad: parten en definitiva de la base de que si se asume una obligación por un poder público a través de la superior norma estatutaria alguien tiene que resultar beneficiario de esa auto-obligación y, por tanto, alguien tiene que ser sujeto activo de un derecho (ciudadano y/o persona).

A poco que se analicen estos presupuestos, puede comprobarse que sus componentes son muy débiles (no necesariamente existe una correspondencia entre obligación y derecho y los problemas que presenta la titularidad son casi inabarcables) pero sí nos acerca a una posición tan clásica como conocida: la de los derechos públicos subjetivos. Y, si recordamos alguno de sus elementos, la correlación central de la teoría de Jellinek se establece entre las posiciones o status de las personas/ciudadanos (*status subjectionis, libertatis, civitatis y activae civitatis*) y las respuestas de auto-limitación de la soberanía estatal a través del reconocimiento por el orden jurídico precisamente de los derechos públicos subjetivos.

En nuestro campo autonómico toma cuerpo jurídico una relación entre los poderes públicos y las personas en esa serie de situaciones (*status*) en las que la persona privada-ciudadano posee obligaciones (*status subjectionis*) o derechos (resto de los *status*) frente al complejo institucional público de la

correspondiente Comunidad Autónoma. No se trata aquí de restringir una soberanía de cualquier tipo, puesto que “autonomía no es soberanía”, como tempranamente advirtió nuestro Tribunal Constitucional, sino de establecer los campos de poder jurídico de los ciudadanos y/o personas frente al poder autonómico.

Por eso, tampoco se produce una relación o relaciones derivadas de postulados contractualistas sino, más positivamente, se trata de unas relaciones jurídicas establecidas y aseguradas por la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma quien, al modular, contraer y someter el poder de esa Comunidad (básicamente su capacidad de opción, como se ha visto), sitúa a sus diversos poderes institucionales en la posición de sujetos pasivos obligados por el correspondiente derecho público subjetivo (en el caso de los derechos)

Y aunque se cambie de plano, la cuestión continúa en parámetros muy parecidos cuando los Estatutos pasan a tratar de los llamados principios rectores en cuanto estas normas, al ir dirigidas a los poderes públicos suponen, a la vez que un límite, una habilitación para actuar. En cuanto límites, no pasan de ser vinculaciones normativas que crea el complejo poder estatuyente de reforma cuyos destinatarios son los poderes públicos autonómicos sin originar derecho subjetivo alguno (como no sea, en caso de posesión de algún interés legítimo, el de poder reaccionar jurisdiccionalmente frente a las acciones antijurídicas de esos mismos poderes públicos por vulneración de tales normas); y, en cuanto habilitaciones para actuar, suponen dar entrada a unas normas que, dentro de las respectivas competencias, densifican la capacidad de intervención de los poderes públicos en la vida económica y social.

Pero también se sigue en parecido plano al de las normas sobre derechos porque las normas contenedoras de los principios rectores en todas

las reformas que se han propuesto y, en su caso, aprobado, se presentan como funcionales o serviciales respecto de la eficacia de los derechos estatutariamente reconocidos. Con lo que se puede apreciar una nueva dimensión de esta clase de normas en una dirección hasta el momento no explorada: la de la complementariedad y mutuo reforzamiento de ambos tipos de contenidos normativos.

5. Los derechos públicos estatutarios como complemento de las normas iusconstitucionales y como creadores de nuevos ámbitos subjetivos de poder

Si en su momento ya hemos definido a los Estatutos de Autonomía como normas encuadradas en el bloque constitucional (para diferenciarlos del llamado bloque de la constitucionalidad) lógico resulta que tal carácter ofrezca una importante variedad de aspectos que se integren de manera directa en el nivel de la constitucionalidad. Se trata, pues, de observar el papel que pueden jugar los derechos estatutarios dentro del ámbito constitucional

En este sentido, ya se ha dicho, el texto constitucional excluye en bloque una atribución a favor del Estado central en la regulación de los derechos y, en la llamada a la colaboración normativa, el Título VIII determina hasta qué punto la norma autonómica (Estatuto, en este caso) puede ser coextensiva a la norma iusconstitucional o, incluso, devenir norma metaconstitucional. Así, mientras que las competencias exclusivas del Estado central indican una exclusión de la colaboración normativa estatutaria, las competencias compartidas, en cambio, la reclaman; y las competencias exclusivas autonómicas tanto pueden servir para complementar normas iusconstitucionales como para crear nuevos derechos con rango y naturaleza propios.

En consecuencia, los Estatutos han podido actuar en tres direcciones distintas limitados, obvio es, por el específico régimen competencial en presencia: (a) estableciendo derechos ya reconocidos en la Constitución, alcanzando el contenido de los mismos, con el fin de “ampliar” los constitucionalmente reconocidos, y su ejercicio. (b) transformando en derechos públicos subjetivos regulaciones abiertas contenidas en Capítulo III del Título I de la Constitución; y (c) reconociendo nuevos derechos no contemplados en la Constitución.

5.1. La concreción y complemento de las disposiciones iusconstitucionales

El primero de esos aspectos viene, sin duda, representado por el ligamen sin solución de continuidad que se establece entre las normas iusestatutarias y las normas iusconstitucionales. Y ese ligamen posee, ya de entrada y al menos como se ha indicado, una doble significación: por un lado, los Estatutos pueden operar como normas que integran la apertura constitucional de determinados derechos y principios rectores; y, por otro, pueden contener derechos derivados o desarrollados a partir de la matriz constitucional.

Como normas que integran la apertura constitucional en materia de derechos, se ha de recordar que, además del artículo 10 CE que hace referencia a los Convenios y Tratados internacionales en la materia y, por tanto, a ordenamientos generados en el exterior de nuestro sistema (apertura externa), el artículo 53.3 CE, pese a su aparente dicción, también es un precepto de apertura constitucional en materia de derechos pero hacia el propio interior del ordenamiento. En efecto, cuando dicho precepto establece que la alegación de los principios reconocidos en el Capítulo III (la gran mayoría de ellos, como es sabido, lingüísticamente redactados en forma de derechos) podrá realizarse “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los

desarrollen” está, por un lado, habilitando a la ley para el desarrollo de derechos constitucionales y, por otro, produciendo la congelación de rango inherente a esa misma ley de desarrollo. Ello acarrea, en el caso de los Estatutos, el que por vía de complementación se hayan encargado de “desarrollar” con rango estatutario prácticamente todo el Capítulo III del Título I de la Constitución.

Así, los Estatutos de los dos primeros grupos antes mencionados reconocen expresamente como derechos la protección a la familia, a los hijos, a la salud, el acceso a la cultura, al medio ambiente, a la protección y disfrute del patrimonio histórico, cultural y artístico, a una vivienda digna, a diversas formas de participación, a los derechos de los disminuidos, de las personas mayores y menores, de los consumidores y usuarios y a otra variedad de posiciones jurídicas subjetivas a las que se reconoce determinadas posibilidades de protección.

Se podría objetar (y puede que así suceda con alguna de las declaraciones estatutarias) que estos derechos no son más que una redundancia o repetición, en el mejor de los casos innecesaria, de las correspondientes declaraciones constitucionales. Pero la objeción en su misma generalidad no es aceptable. Si, como simple e ilustrativo ejemplo, nos fijamos en el derecho a la salud del que habla el artículo 43 de nuestra Constitución basta con que recojamos el contenido de exigibilidad directa que contiene el artículo 22.2 del Estatuto de Andalucía¹⁶ o el 23¹⁷ del de Cataluña para

¹⁶ Merece la pena transcribir este precepto porque pone de relieve con exactitud la transformación habida en el genérico derecho a la salud del que habla nuestra Constitución. Dice así: “Los pacientes y usuarios del servicio andaluz de salud tendrán derecho a: a) Acceder a todas las prestaciones del sistema. b) La libre elección de médico y de centro sanitario; c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema así como de los derechos que les asisten; d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico; e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; f) El consejo genético y la medicina predictiva; g)

deshacer cualquier equívoco: en estos y otros muchos desarrollos se especifican con absoluta claridad todos los elementos propios del derecho (su titular, su contenido, su objeto y el sujeto pasivo u obligado) que, de esta forma, se hace exigible jurisdiccionalmente de acuerdo con el artículo 53.3 CE (y con el propio Estatuto) y sin que, en absoluto, su cumplimiento quede sometido a condición suspensiva alguna. Y allí donde se produce una remisión al posterior desarrollo legislativo autonómico del derecho en cuestión en la mayoría de los casos no se genera un aplazamiento de vigencia sino un aplazamiento de especificación de contenido; lo que no equivale, desde luego, a su vaciamiento ni tampoco, como algún autor parece dar a entender, a una especie de engaño a los ciudadanos¹⁸ al mantenerse como principios rectores algo que quiere hacerse presentar como auténticos derechos.

La complementariedad de las disposiciones iusconstitucionales supone en todos esos casos extender a estos derechos públicos estatutarios las garantías de protección que ofrece el artículo 53.3 CE, además, claro está, de las contenidas en el propio Estatuto, pudiendo por ello ser alegados ante la jurisdicción ordinaria en los términos y de acuerdo con la ley que los desarrolla, esto es, de acuerdo con el correspondiente Estatuto de Autonomía. Quizá la

La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos; h) Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos; i) El acceso a los cuidados paliativos; j) La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico; k) Recibir asistencia geriátrica especializada”.

¹⁷ Cuyo tenor literal establece: “Todas las personas, con relación a los servicios sanitarios públicos y privados, tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos necesarios para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen por ley”.

¹⁸ Es la opinión de V. Ferreres Comella, en *Op. cit.* págs. 30, 33-34 quien, al comprobar que la mayor parte de estos derecho remiten su contenido a leyes posteriores internas y/o externas viene a señalar que la única operación que se ha producido es la del cambio de nombre, d manera que parece querer hacerse pasar lo que siguen siendo principios rectores por auténticos derechos constitucionales.

transposición de garantías constitucionales a este tipo de derechos estatutarios no tenga demasiada relevancia para los Estatutos del primer grupo mencionado, puesto que todos ellos ya prevén su defensa judicial, pero no así los segundos que, como se ha indicado, carecen de un capítulo dedicado a las garantías.

Como decíamos, un segundo aspecto de la función de complemento y concreción de los Estatutos en esta materia, simultánea a la que acabamos de ver de integración, también se encuentra en la especificación de derechos derivados de la matriz constitucional: las concreciones del principio o derecho a la igualdad concebida expresamente como igualdad de oportunidades para hombre y mujer o como igualdad en las posibilidades representativas; las determinaciones del derecho al trabajo y los concretos derechos laborales en el ámbito de la Comunidad Autónoma; la consagración de los derechos lingüísticos en cuanto especificación del contenido del artículo 3 de la Constitución, el derecho de educación o los distintos derechos de participación. El régimen jurídico de las garantías de todos estos derechos, derivaciones de un derecho fuente constitucional, habrá de ser también el establecido por el ordenamiento constitucional y las correspondientes normas procesales de desarrollo (además de las previstas en cada Estatuto). Sin embargo, habrá de distinguirse si se trata de la complementación de derechos fundamentales establecidos en la Sección 1ª del capítulo II del Título I o de derechos del Capítulo II reconocidos fuera de aquella Sección.

Respecto de estos segundos, además de las garantías estatutarias, también habrá de tener plena aplicabilidad todo el conjunto de garantías que se derivan de este tipo de derechos: exigibilidad jurisdiccional directa (con los problemas que comportarán los de configuración legal), contenido esencial y reserva de ley. Quiere ello decir, por tanto, que estos derechos constitucionales

han tenido otra sede de desenvolvimiento e incluso de establecimiento que la del propio texto constitucional: el texto estatutario se manifiesta así como una continuidad “natural” del texto constitucional por unos espacios a donde este último no había llegado.

Singular importancia adquiere este tipo de complementación constitucional cuando se produce en el ámbito de los derechos fundamentales constitucionales. Aquellos de estos derechos fundamentales que se desenvuelvan en el ámbito de las competencias (compartidas) autonómicas no se incorporan como reproducciones miméticas de la matriz ya establecida en la Constitución. Por el contrario, tales derechos exigen una modulación y aún una regulación propias en cada Estatuto (vr. gr.: todos los derechos de participación directa o semidirecta con el horizonte de los arts. 23, participación, y 29 CE, petición, o el derecho de educación) respecto del régimen jurídico externo de esos derechos (procedimiento y modalidades de ejercicio) y el interno (titulares, contenido, ámbito y sujetos obligados). La complementación estatutaria de las normas iusconstitucionales, en este caso, también conllevará una extensión de las garantías constitucionales, tanto las normativas como las jurisdiccionales incluido el recurso de amparo, a aquellos segmentos estructurales del derecho fundamental contemplados en las normas estatutarias.

De ahí que, en definitiva, además de las garantías internas previstas para facilitar la eficacia de los derechos declarados, es la naturaleza constitucional del derecho al que se puede adscribir la determinación iusestatutaria la que determina su propio régimen de garantías: los derechos vinculados a los principios rectores y los “nuevos derechos derivados” serán protegidos en los términos que determinen las leyes procesales (supuesto general); y sólo los derechos que se entronquen por su naturaleza en auténticos derechos “fundamental-constitucionales” tendrán, en su último peldaño, la protección constitucional del recurso de amparo.

En todos estos supuestos el orden de garantías, además de las previstas en los Estatutos, viene, como decimos, predeterminado por la adscripción constitucional del derecho-fuente o derecho madre en el caso de que sea claramente identificable. Con lo cual el carácter básico de los derechos también queda igualado en lo que afecta al propio sistema de garantías: en tal perspectiva la variedad o diversidad de los elementos constitutivos de los derechos vendrá representada por las facultades concretas que ofrecen sus respectivos contenidos pero no por el régimen jurídico general al que se acogen a la hora de asegurar su exigibilidad jurídica (sistema de garantías) que habrá de ser esencialmente igual para todos ellos.

5.2. La creación de nuevos derechos con rango y naturaleza propios

Ciertamente, dada la extensión de listado de derechos que se contienen en nuestro texto constitucional, cualquier voluntad de innovación en la materia ha de afrontar notables dificultades sobre todo si lo que se pretende es el conseguir que aparezcan derechos de nuevo cuño. En cierta manera, los Estatutos han innovado profundamente el panorama al convertir en derechos con contenido propio lo que tradicionalmente se venían considerando como elementos aglutinantes de un derecho principal (piénsese, según se apuntaba anteriormente, en la verdadera constelación de derechos que aparece en torno al derecho-fuente a la salud); pero estos derechos no son nuevos porque derivan de los que ya se encuentran en la Constitución.

Lo interesante en el punto que ahora tratamos reside en ver si en estas nuevas declaraciones aparece algún derecho que no se conecte directamente con ninguno de los que se hallan en el texto constitucional. Y es evidente que el nuevo derecho por antonomasia, con un sorprendente éxito en todas las

reformas estatutarias y que ha sido extraído de la Carta Europea, es el derecho a la buena Administración.

Así expresado, al margen que ha sido la dicción literal de la Carta Europea la trasladada a los Estatutos, este derecho podría, no obstante, ser considerado producto de la transformación de los principios contenidos en los artículos 103 y 105 de la Constitución en derechos subjetivos. O podría considerarse también como una extensión de algunos de los derechos que se mueven en torno al derecho a la tutela judicial efectiva (el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a un juez imparcial, además de los contenidos directos de la tutela, entre otros).

Sin embargo, no parece que se pueda aproximar a tales instituciones: el derecho reconocido en el artículo 30 del Estatuto catalán, por ejemplo, introduce toda una serie de componentes que lo alejan abiertamente de ese tipo de instituciones porque el derecho se basa sobre todo en contenidos mensurables (fijación de estándares de cualidad y exigencia de proporcionalidad entre la actuación de los poderes públicos y las finalidades que justifiquen esta actuación con tal de garantizar el tratamiento imparcial y objetivo de las pretensiones de los interesados); y parecida regulación se contiene en el Estatuto valenciano (art. 9), en el andaluz (art. 31, proporcionalidad, tratamiento objetivo e imparcial, acceso a los archivos y registros, etc.) o en el castellano leonés (art. 12). En definitiva, por su específico contenido se trata de un derecho de nuevo cuño que transforma en derecho subjetivo el actual sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico en sus diversas manifestaciones autonómicas imponiendo a las instituciones una forma obligatoria de proceder con el otorgamiento al ciudadano de un verdadero poder vindicativo en forma de derecho positivo de reacción.

Algo parecido sucede, al menos, con cuatro derechos más. Se trata del derecho al testamento vital (art. 20.2 Estatuto de Cataluña; art. 20.1 Estatuto de Andalucía; o art. 19.1 Estatuto de Castilla-La Mancha); del derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte (art. 20.1 Estatuto de Cataluña; art. 20.2 Estatuto de Andalucía; o art. 19.2 Estatuto de Castilla-La Mancha); del derecho de acceder y a usar las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (art. 34 del Estatuto de Andalucía); y del derecho a la elección de la propia orientación sexual y a su respeto (art. 35 Estatuto de Andalucía).

Resulta relevante señalar que en todos estos casos en los que se produce un reconocimiento de derechos de nuevo cuño lo que emerge es nueva categoría de normas iusestatutarias con rango y garantías propias. Porque si las garantías estatutarias actúan como complemento de las constitucionales en aquellos supuestos de integración ya vistos, en estos de nueva creación aquellas garantías cobran su mayor proyección al desplegarse como única protección de esos derechos.

Y estas garantías estatutarias, cuya concreción sólo se produce en los Estatutos de Cataluña, Andalucía, Castilla y León y Castilla-La Mancha (Estatutos del primer grupo) se mueven en los ámbitos jurisdiccional, normativo, institucional; y, como novedad y exclusivamente planteado por el Estatuto catalán, también en el ámbito de control previo de estatutoriedad de la leyes que desarrollen esos derechos. Los problemas que esas garantías plantean, que en principio no son pocos, deben ser objeto de estudio de otras aportaciones de esta obra.

6. Los derechos públicos estatutarios como concreción de la previsión constitucional del Estado democrático y social.

Como decíamos, uno de los elementos comunes en lo que respecta a los derechos reconocidos en esos Estatutos es el de su predominante carácter de derechos social-prestacionales aunque también están presentes en escena algunos derechos de participación. Unos y otros se complementan con principios rectores que guían la actuación de los poderes públicos autonómicos en estos ámbitos.

Los primeros se mueven, como se ha visto, en un amplio espectro que encierra desde la potenciación de la vertiente prestacional de algunos derechos (v. gr. educación, salud) pasando por el reconocimiento de derechos estrictamente de carácter prestacional (v. gr. prestaciones de la red de servicios sociales, prestaciones para discapacitados) hasta la regulación de un conjunto de derechos para determinados colectivos (v. gr. mayores, consumidores). Los segundos ahondan en el terreno de la llamada democracia participativa, poco desarrollado por la Constitución (consultas populares, participación administrativa sectorial o participación en el proceso de elaboración de leyes).

Este conjunto de regulaciones ha sido calificado de programa político, de operación objetable desde la tradición del constitucionalismo democrático (Farreres)¹⁹; de causa de estrechamiento del proceso político democrático (Díez Picazo²⁰); de texto intervencionista (Biglino²¹). Apreciaciones todas ellas

¹⁹ V. Farreres Comella: *Op. Cit.* Págs. 23-24

²⁰ L.M Díez Picazo: *Op. Cit.* Pág. 71. Ya hemos visto anteriormente sus motivos acerca de la no procedencia (es decir, la inconstitucionalidad) de las declaraciones estatutarias de derechos: el primero es que, en el ordenamiento jurídico español, “existe una reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales”. Afirmación que debe, al parecer, derivarse no de un concreto mandato constitucional sino del hecho de que esas declaraciones interfieren en la actividad del legislador, porque tales declaraciones “supone acotar el ámbito de la regla de la decisión de las mayorías o, si se prefiere, definir el terreno del proceso político democrático”; y el segundo y, a su parecer, más importante, es el de que las Cortes (salvo esquizofrenia o

que, aunque referidas al Estatuto catalán, deberían en buena lógica hacerse extensibles al resto de Estatutos aprobados o en curso de aprobación, excepto, por lo ya dicho, al canario.

Lo que importa destacar es que, en general, resulta palpable que uno de los mayores rechazos que producen las declaraciones de derechos estatutarias es ese innegable carácter intervencionista que rezuman. Por lo tanto, no es así extraño que se aúnen en esta contienda de crítica vectores ideológicos (normalmente encarnados en pretendidos análisis estrictamente jurídicos) de ropaje centralista y de alma neoliberal²².

Efectivamente, no deja de ser cierto, como se ha apuntado, que nos hallamos ante normas intervencionistas y finalistas que pretenden disminuir la libertad de decisión de los distintos titulares de los poderes públicos. Sin embargo, las líneas argumentales indicadas en su contra se muestran como reiteraciones tautológicas de la misma idea cuyo postulado justamente es lo que queda sin el menor asomo de demostración: el que los Estatutos no puedan contener declaraciones de derechos porque limitan a los poderes

abulia., según sus expresiones), puesto que intervienen en todas las reformas estatutarias, no pueden aprobar unos derechos para unos españoles y otros derechos para otros.

²¹ P. Biglino Campos: *Op. Cit.* Pág. 58

²² No puede dejar de aludirse a la breve intervención de J. García Torres en las XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, con “Los derechos estatutarios en la propuesta catalana de reforma”, donde achaca (no sabemos si jurídicamente o no) todos los contenidos de la propuesta de reforma al “Exclusivismo excluyente en Cataluña e imperialismo en el Estado” tras haber declarado que la fuente de todos estos males se hallaban en la obra *La nacionalidad catalana* de Enric Prat de la Riba. Vid. el trabajo en “El Estado autonómico”, *Actas de las XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid (CEPC) 2006. Produce algún desánimo el que la libertad académica se subvierta con naturalidad en un campo profesional en que la contención gestual debiera ser, más allá de la excepción, la regla.

públicos o porqué, al no ser Constitución, no puedan regular derechos constitucionales.

Ni las Cortes están esquizofrénicas o son abúlicas por “con-sentir” el principio autonómico que, en sí mismo, implica diferenciación y no uniformidad, ni tampoco los poderes públicos se hallan ilegítimamente constreñidos por la aparición de nuevas normas que contengan derechos: desde siempre todos los poderes públicos en *feed-back* permanente se hallan limitados por los derechos ciudadanos sin que el principio democrático se vea contradicho. Justamente, la plena libertad de un pretendido pleno legislador es la negación misma del constitucionalismo.

Porque, por encima y al margen de esos gestos de desprecio hacia esas nuevas regulaciones estatutarias, ese es el intervencionismo que exige la forma social del Estado previsto por la Constitución española; y los derechos sociales, prestacionales o no, que ese tipo de Estado exige, funcionan no sólo como límites sino también como auténticas imposiciones positivas al legislador.

Si, por otra parte, esa forma intervencionista de Estado se incardina en un modelo de autonomías territoriales en el que los sectores básicos de prestación de servicios ciudadanos se hallan en las competencias de naturaleza estatal de los territorios autónomos, el postulado de negar la posibilidad de derechos estatutarios que realizan los artículos 1.1 y 9.2 CE no es más que el disfraz para negar la posibilidad de existencia del Estado social como Estado constitucional.

Por ello, desde la perspectiva de la general forma de Estado prevista constitucionalmente sobre la estructura territorial del poder (Estado de las Autonomías), sobre la posibilidad de inserción ciudadana en el ejercicio de ese poder (Estado democrático), sobre el sometimiento de los poderes públicos a la

Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (Estado de derecho) y sobre la capacidad de los poderes públicos para conformar la estructura social y económica (Estado social), afirmar la reserva de Constitución para todos los derechos de relevancia pública como imposibilidad jurídica de que los Estatutos de Autonomía (de quienes más allá se había dicho que formaban parte del bloque de la constitucionalidad²³) determinen sus formas específicas de conformación en el ámbito de las competencias autonómicas supone, paradójicamente y en un solo acto, negarlo todo: el Estado de las Autonomías, el Estado democrático, el Estado de Derecho y el Estado social. No existe prioridad alguna en el orden numérico de las facetas estatales enunciadas: si falla alguna de ellas, decaen, por consecuencia, todas las demás. Con lo cual permanentemente se vuelve al principio: ¿pueden los Estatutos de Autonomía contener normas “estatuyentes” (nunca mejor dicho) de derechos públicos subjetivos?.

En este último punto, ya se ha insistido en la legitimidad de sus respectivas regulaciones por la naturaleza compuesta del Estado. Ahora se trata de ver si la naturaleza del Estado social se ve correspondida o llenada de contenido por el reconocimiento de derechos sociales en los niveles estatutarios. La contestación no puede ser más que positiva, si no nos alineamos con la vieja perspectiva germano liberal (Fortshoff) de que los derechos sociales son consecuencia exclusiva de las libres decisiones administrativas en materias prestatorias.

Zaragoza, 7 de junio de 2007.

²³ F. Rubio Llorente: “El bloque de la constitucionalidad, con independencia de las formas que revisten las distintas normas que en él se integran es el núcleo esencial de la Constitución del Estado como Estado compuesto”. Vid. En REDC, n. 27, Madrid, 1989, pág. 24.