

UNA VEZ MÁS SOBRE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS (Y OTRAS REGULACIONES MATERIALES) EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

I. PRESENTACIÓN

EN el contexto de unas jornadas cuyo objeto de exposición y debate se sitúa bajo el título «desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad» me ha parecido conveniente prestar atención a lo que –al menos aparentemente y en una primera aproximación– podría considerarse, precisamente, como un «desafío a la igualdad»: la circunstancia –ya muy conocida– de que en los nuevos Estatutos de Autonomía se incluyan, para residentes en las diversas partes del territorio nacional –organizado en Comunidades Autónomas–, catálogos distintos de derechos de los andaluces y las andaluzas, de los valencianos y las valencianas, de los catalanes y las catalanas, etc.

Sobre esta cuestión se ha debatido bastante. En 2006 publicó Luis María Díez-Picazo un artículo en la *Revista Española de Derecho Constitucional* que situó bajo el título «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?» (1). La respuesta del autor a la pregunta resultaba ser sustancialmente negativa. En 2007, en la misma *REDC*, Francisco Caamaño respondió a ese artículo con otro que tituló con un contundente «Sí, pueden. (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)» (2). Las opiniones de Caamaño volvieron a ser respondidas por Díez-Picazo en la *REDC* (3); y en la polémica han mediado otros autores como Luis Ortega (4), Miguel Ángel Cabellos (5) y –de esta Facultad– Juan José Solozábal (6).

(1) DÍEZ-PICAZO, L. M., *REDC*, núm. 78 (2006), pp. 63-75.

(2) CAAMAÑO, F., *REDC*, núm. 79 (2007), pp. 33-46.

(3) DÍEZ-PICAZO, L. M., «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», *REDC*, núm. 81 (2007), pp. 63-70.

(4) ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía», en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Barcelona, 2007, pp. 55 y ss.

(5) CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1 CE», en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Barcelona, 2007, pp. 83 y ss.; del mismo autor, también, «La relación derechos-Estado autonómico en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7 (2008), pp. 106 y ss.

(6) SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22 (2008), pp. 313-333.

Ya antes del mencionado debate doctrinal otros autores se habían pronunciado sobre la cuestión con ocasión de encuentros y jornadas sobre los catálogos de derechos incluidos en los nuevos Estatutos de Autonomía, en especial, el de Cataluña: Victor Ferreres, Paloma Biglino, Marc Carrillo (7), etc. (8).

La STC 247/2007, de 12 de noviembre, se pronunció sobre la constitucionalidad del reconocimiento del «derecho al agua» de los valencianos y valencianas en su Estatuto de Autonomía. La decisión constitucional fue objeto de comentarios posteriores, por ejemplo, por parte de Germán Fernández Farreres (9) [a quien contestó hace poco, por alusiones, Manuel Aragón en la *REDC*, 2008 (10)] y de Tomás de la Quadra-Salcedo Janini (11).

Por último, la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo eligió como uno de los temas de debate para su IV Congreso (Valladolid, 6 y 7 de febrero de 2009) éste de los «derechos sociales en los Estatutos de Autonomía». Fueron ponentes sobre la cuestión Francisco López Menudo y Nuria María Garrido Cuenca (12).

Creo que es justo reconocer que las primeras respuestas a esta cuestión relativa a las declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía fueron —a mi juicio— muy bien articuladas por César Aguado en su monografía sobre el Estatuto de Autonomía (1996) (13).

Y pienso que con esta enumeración de autores y polemistas queda justificado que yo dedique mi contribución a exponer mi punto de vista sobre la cuestión planteada. Ya se adelanta que la perspectiva desde la que se va a emitir esta opinión no hace referencia, precisamente, al principio de igualdad (en las diversas vertientes constitucionales de los artículos 14, 138.2, 139.1 y 149.1.1 CE), sino a argumentos propios del sistema constitucional de fuentes y, en concreto, al contenido constitucionalmente admisible del Estatuto de Autonomía. A la pregunta «¿pueden los

(7) FERRERES COMELLA, V., BIGLINO CAMPOS, P., y CARRILLO, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2006. DE CARRILLO, también, «Los derechos. Un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», *REDC*, núm. 80 (2007), pp. 49-73.

(8) Puede verse, también, APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ SERRAMALERA, M., «Los derechos públicos estatutarios», en APARICIO PÉREZ (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 2007, pp. 13 y ss.; BALAGUER, F., «Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3 (2007); EXPÓSITO, E., «La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 5 (2007), pp. 147 y ss.

(9) FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico?* (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana), Madrid, 2008.

(10) ARAGÓN REYES, M., «A propósito de la crítica de Germán Fernández Farreres a la STC 247/2007», *REDC*, núm. 83 (2008), pp. 149-152.

(11) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5 (2008).

(12) Ambas ponencias están accesibles a fecha de 26 de enero de 2009 en www.uclm.es/ceuropeos/aepda: LÓPEZ MENUDO, F., «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía»; y GARRIDO CUENCA, N. M., «La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero».

(13) AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid, 1996.

Estatutos de Autonomía contener declaraciones de derechos o principios rectores?» mi respuesta es «creo que no».

La conclusión a la que aquí se llega procede de la argumentación en torno a dos tesis fundamentales, que se desarrollan en los que sigue: que el Estatuto de Autonomía es vía para la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas, pero no fuente constitucionalmente admisible para ejercer en ella competencias legislativas que la Constitución o los propios Estatutos de Autonomía atribuyen al Estado o a las Comunidades Autónomas para ser ejercidas por separado (abajo, II); y que el reconocimiento de derechos de los ciudadanos no es, en sí, materia competencial reservada como tal al Estado o las Comunidades Autónomas, sino que el Estado o las Comunidades Autónomas reconocen derechos a los ciudadanos, en términos generales, mediante el ejercicio de las competencias legislativas que les atribuyen la Constitución o los Estatutos de Autonomía (abajo, III). Para el final queda un comentario crítico a algunas de las tesis de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de Valencia (abajo, IV).

II. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA ES VÍA PARA LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, NO ES FUENTE CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE PARA EJERCER EN ELLA COMPETENCIAS LEGISLATIVAS QUE LA CONSTITUCIÓN O LOS PROPIOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA ATRIBUYEN AL ESTADO O A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA SER EJERCIDAS POR SEPARADO

A) LOS DOS OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS A TRAVÉS DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

La Constitución define el Estatuto de Autonomía como «la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma» (art. 147.1 CE). Considero muy afortunada esta definición. El objeto de esa norma prevista en la Constitución que recibe el nombre de Estatuto de Autonomía y que se aprueba por Ley Orgánica (art. 81.1 CE) es regular «lo institucional» de la Comunidad Autónoma, constituirlo como *institución*, como organización jurídico-pública, con sus *órganos*, sus *procedimientos* y sus *competencias*. El Estatuto de Autonomía –salvo precepto constitucional en contrario; que algunos hay, como se dirá más adelante– no es norma idónea para contener regulaciones *materiales*, sino sólo la regulación *institucional* básica de la organización jurídico-pública «Comunidad Autónoma» (14). Las regulaciones *materiales* han de

(14) En la campaña institucional desarrollada por la Generalitat de Cataluña en defensa de la propuesta del nuevo Estatuto de Autonomía se destacó positivamente que éste haya dejado de ser *sólo* una norma institucional, para pasar a contener regulaciones materiales relativas a «la gente». Se dijo, en efecto, que «el Estatuto de Autonomía del año 1979 fue el de la recuperación de las instituciones democráticas. Por esta razón, el texto vigente habla *del Gobierno, del Parlamento o de las competencias y la financiación* de la Generalitat. La propuesta de nuevo Estatuto, en cambio, es el *Estatuto de la gente*. Por primera vez habla de los niños, los jóvenes, los mayores, las mujeres o las personas disminuidas, a quienes otorga una protección adicional en razón de sus necesidades especiales» (cursiva mía). Puede obtenerse más información sobre esto en FERRERES, *Derechos, deberes...*, pp. 10-11, crítico con respecto a la

ser objeto precisamente de la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivos ámbitos *materiales* competenciales.

Pongamos un ejemplo para hacer gráfico lo que quiere decirse y los motivos por los que –según creo– son correctas estas afirmaciones.

El artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia legislativa para establecer las bases del régimen local (después se volverá sobre esto más detallada y críticamente). En ejercicio de esa competencia la Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL) estableció ya hace más de 20 años los ámbitos materiales en los que ejercerían competencias los municipios y las provincias (arts. 25 y 36 LBRL). Ahora eso mismo se ha incluido en los artículos 92 y 96 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007.

Por la necesidad de respetar el procedimiento de reforma establecido en el Estatuto de Autonomía (que incluye la concurrencia de dos voluntades: la del legislativo autonómico y la del legislativo estatal); y por la exigencia de aprobar la reforma del Estatuto, además, por Ley orgánica estatal, esa decisión (cuáles son las competencias del municipio y de la provincia), que la CE atribuía al legislador democrático del Estado por mayoría simple (y que el legislador estatal ha podido modificar durante más de 20 años por ley ordinaria), ya no puede ser ni modificada sólo por el Estado (es necesario la concurrencia de la voluntad del legislador de la Comunidad Autónoma), ni modificada sólo por mayoría simple del legislador estatal; se ha «petrificado» como decisión que ha de adoptarse por mayoría cualificada y no por mayoría simple.

Este ejemplo ya nos sirve para hacer referencia a los dos tipos de motivos que impiden al Estado y a las Comunidades Autónomas ejercer competencias legislativas propias a través del Estatuto de Autonomía.

El primero hace referencia al *sistema constitucional de reparto de competencias*: ejercer una competencia legislativa (da igual que sea del Estado o de la Comunidad Autónoma) a través del Estatuto hace nacer un tipo de competencia legislativa *mancomunada* o *compartida* (en sentido estricto) que es por completo desconocida por el título VIII de la CE, que sólo conoce competencias legislativas que se ejercen independientemente por el legislador estatal o el autonómico; incluso en el caso de materias distribuidas conforme al esquema bases estatales – desarrollo legislativo autonómico. A partir de 2007, el Estado ha perdido su competencia exclusiva para adoptar algunas decisiones en materia de bases del régimen local (como son las competencias de los municipios y de las provincias) en Andalucía. Para modificar el mencionado listado de competencias ahora es necesaria la reforma estatutaria y, con ello, la concurrencia de la voluntad del legislador andaluz.

El segundo motivo al que se ha aludido se refiere más genéricamente al *principio democrático*: decisiones legislativas que la Constitución ha atribuido a la mayoría simple de un Parlamento, a la ley ordinaria –conforme a lo que es regla general

regulación estatutaria de ese catálogo de derechos. No es éste lugar para hacer comentarios de oportunidad sobre lo que no era otra cosa que una campaña publicitaria. Desde la perspectiva jurídico-constitucional, sin embargo, lo que quiere destacarse en el texto es, justamente, que –en mi opinión– la Constitución no previó «Estatutos de la gente» en ese sentido. El Estatuto sólo puede hablar de los niños, los jóvenes, etc., para asumir competencias en esas materias, pero no para otorgarles «una protección adicional en razón de sus necesidades especiales». Esa protección adicional deberá dispensarla la legislación que la Comunidad Autónoma dicte en ejercicio de esas competencias.

exigida por el principio democrático—, pasan a ser inmodificables si no es por mayoría absoluta de las Cortes Generales.

Llamaremos al primero «obstáculo del orden competencial» y al segundo «obstáculo del principio democrático» (15).

Con respecto al «obstáculo del orden competencial» es necesario introducir una puntualización. El ejercicio de competencias legislativas del Estado o de las Comunidades Autónomas en el Estatuto hace que se renuncie al ejercicio independiente de la propia competencia; o sea, supone una disposición de la competencia legislativa propia que, a partir de ese momento, pasa a ser mancomunada. En realidad, la Constitución sólo prohíbe directamente ese resultado con respecto a las competencias estatales enumeradas en el artículo 149.1 CE. Esas competencias no pueden en absoluto «mancomunarse» por efecto del Estatuto de Autonomía. En principio, podría afirmarse, sin embargo, que este «obstáculo competencial» no juega con respecto a las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas. Todas las competencias autonómicas susceptibles de ser asumidas son dispositivas, esto es, pueden asumirse en régimen de «codecisión» con el Estado. No existen competencias «pre-estatutarias» en las que no pudiera inmiscuirse el Estado por la vía de la aprobación de unos principios o mandatos al legislador autonómico que quedan «congelados» en el Estatuto de Autonomía. Para las competencias legislativas que asume la Comunidad Autónoma en su Estatuto, en realidad, sólo despliega toda su eficacia el impedimento del que se ha denominado «obstáculo del principio democrático».

El obstáculo del principio democrático al que aquí se alude ha sido expresamente destacado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre las materias que pueden ser incluidas en una ley formalmente calificada por el legislador como «orgánica». El criterio en la interpretación de la reserva a la ley orgánica ha de ser necesariamente restrictivo para preservar la regla general, derivada del principio democrático, de la decisión por mayorías parlamentarias no cualificadas [SSTC 124/2003, de 19 de junio, FJ 11; y 135/2006, de 27 de abril, FJ 2 c); entre otras muchas]. No puede, por tanto, el Estatuto de Autonomía congelar y vincular a la decisión de otro órgano de representación democrática decisiones materiales (relativas a las bases del régimen local o de la sanidad, a la legislación de aguas o laboral, etc.) que la Constitución ha atribuido en exclusiva a representantes democráticos del Estado o de la Comunidad Autónoma; y que, con carácter general, la Constitución también ha querido que sean permanentemente modificables por la mayoría simple de un solo legislador.

B) ANÁLISIS DETALLADO DEL EJEMPLO DE LAS NORMAS SOBRE RÉGIMEN LOCAL INCLUIDAS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Como campo de pruebas sobre el que desplegar las ideas que aquí quieren desarrollarse puede utilizarse el de las normas reguladoras del régimen local incluidas en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley Orgáni-

(15) Una explicación muy parecida de estos problemas constitucionales ofrecen GARRORENA MORALES, A. y FANLO LORAS, A., *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materia de aguas. A propósito de la propuesta de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, Murcia, 2008, pp. 81, 83, 84, 98, *passim*.

ca 6/2006, de 19 de julio), sobre las que se ha producido un amplio debate doctrinal ya desde antes del comienzo del procedimiento de reforma de dicho Estatuto.

Principio inspirador de esta regulación ha sido el conocido como de «interiorización» del régimen local en el ámbito autonómico catalán (16), que –al menos en su línea inspiradora inicial– pretende limitar para el Estado el «carácter bifronte» (estatal y autonómico) con el que la regulación estatal vigente de la LBRL ha diseñado el régimen local, con el asentimiento de la jurisprudencia constitucional (*vid.*, por ejemplo, expresamente, SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4; y 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 11). Se ha pretendido, en síntesis, que el régimen local sea «menos bifronte», en el sentido de «más autonómico» y «menos estatal».

Tal es el grado de interiorización del régimen local que pretende el nuevo Estatuto de Autonomía catalán que en su título preliminar, en el artículo 2, dedicado a la definición básica de la Generalitat (como «sistema institucional en que se organiza políticamente el autogobierno de Cataluña», apartado 1), llega a disponerse que «los municipios, las veguerías, las comarcas y los demás entes locales que las leyes determinen *también integran el sistema institucional de la Generalitat*, como entes en los que ésta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía» (apartado 3). La redacción del precepto presenta una ambigüedad (en la que aquí no se va a entrar con más detalle), que no encuentra paralelismos ni en la regulación, por ejemplo, del nuevo Estatuto de Andalucía de 2007 (*vid.* su artículo 99 sobre la Junta de Andalucía como «institución en que se organiza políticamente el autogobierno de la Comunidad Autónoma»), ni en la del Estatuto catalán de 1979 (los municipios, comarcas y otras entidades locales no «integran el sistema institucional de la Generalitat» –*vid.* art. 1 del Estatuto derogado–, sino que la «Generalidad de Cataluña *estructurará su organización territorial*» en municipios, comarcas y otras eventuales demarcaciones supracomarcasles –*vid.* art. 5.1 del Estatuto de 1979–).

Más adelante, en el nuevo Estatuto catalán de 2006, por una parte, se asumen competencias en materia de régimen local (art. 160); y, por otra, se contienen una serie de reglas y principios que regulan directamente el régimen local en Cataluña (arts. 83 a 93). De muchos de estos principios y reglas puede decirse, si se aplican criterios de enjuiciamiento derivados de la vigente LBRL y de la jurisprudencia constitucional, que constituyen materialmente bases del régimen local que el Estado ha incluido en la Ley Orgánica por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía. Esto es, el Estado ha ejercido su competencia para regular las bases del régimen local al dictar buena parte de esos preceptos.

Creo que –conforme a los mencionados criterios de enjuiciamiento (LBRL y jurisprudencia constitucional dictada hasta el momento)– no existe problema en calificar materialmente como bases del régimen local, por ejemplo, los siguientes preceptos del Estatuto catalán de 2006: (al menos) buena parte del contenido del artículo 84.2 que, en el contexto de una regulación de ámbitos materiales en los

(16) Así, VELASCO CABALLERO, F., «Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña: límites constitucionales», en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona, 2004, pp. 283-284. La expresión «interiorización» autonómica aparece, por ejemplo, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre (sobre la LBRL), FJ 4.b), para referirse a un tipo de entidades locales, las no necesarias o contingentes, situadas «en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas» y con respecto a las cuales, «en la determinación de sus niveles competenciales, el Estado no puede sino quedar al margen».

que la ley debe otorgar competencias a los municipios (conforme al modelo regulativo del art. 25 LBRL), establece en la letra g), incluso, la necesaria participación del municipio «en el proceso de matriculación en los centros públicos y concertados del término municipal» [con lo que el precepto podría calificarse también como básico en materia de desarrollo del art. 27 CE (derecho a la educación); *vid.*, en este sentido, arts. 86.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (participación de la Administración local en las comisiones de garantía de admisión de alumnos) y disposición final quinta de la misma LOE (carácter básico del precepto citado)]; el artículo 86.4 (17), según el cual «los actos y acuerdos adoptados por los municipios no pueden ser objeto de control de oportunidad por ninguna otra Administración» [parece olvidar esta regla, por cierto, que cuando los actos se dictan por el municipio en ejercicio de competencias delegadas el control de oportunidad es una exigencia elemental (art. 7.3 y 27 LBRL)]; y el artículo 87 (potestad de autoorganización del municipio, derecho de asociación y prohibición a las leyes de limitación de este derecho «sino es para garantizar la autonomía de otros entes que la tienen reconocida», potestad normativa municipal, etc.).

En el plano de la pura opinión jurídica y a la vista del extraordinario proceso descentralizador iniciado ahora hace treinta años por la Constitución Española de 1978 considero, a día de hoy, que puede calificarse como de excesivamente favorable a la competencia estatal (y, en paralelo, restrictiva de la competencia autonómica) la jurisprudencia constitucional sobre régimen local, que ha sostenido y sigue sosteniendo que el artículo 149.1.18 CE («bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas») otorga al Estado la competencia legislativa para establecer las bases de *todo* el régimen local. En mi opinión, sería compatible con el tenor literal del artículo 149.1.18 CE entender que la regulación del gobierno y el régimen jurídico de las Corporaciones específicamente locales formara parte de la competencia legislativa autonómica y que la competencia estatal se redujera a las bases del *régimen jurídico común* a todas las Administraciones públicas (18).

Ésta es mi opinión, que no refleja, sin embargo, el estado de la jurisprudencia constitucional, que sigue anclada en la idea de que el mencionado precepto constitucional impone que sea «el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales», puesto que el «régimen local» es el «régimen jurídico de las Administraciones locales» (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 1) (19).

(17) En opinión de VELASCO CABALLERO, F., «Autonomía municipal», en *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, núm. 2 (La autonomía municipal; Administración y regulación económica; títulos académicos y profesionales), Pamplona, 2007, p. 75, este precepto de Estatuto catalán establece un estándar de autonomía local menos elevado que el legal básico del artículo 67.1 LBRL, porque la regla estatutaria no excluye los controles de legalidad genéricos sobre los municipios que sí son proscritos por el artículo 67.1 LBRL. En la tesis desarrollada por VELASCO eso implicaría la aplicación preferente de la base estatal sobre la regla estatutaria.

(18) Defienden esta interpretación, por ejemplo, VELASCO CABALLERO, *Organización territorial...*, pp. 308-314; y FONT I LLOVET, en FONT I LLOVET, T.; VELASCO CABALLERO, F., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, Madrid, 2006, pp. 35-36.

(19) En este punto discrepo de las opiniones de Font y Velasco, citadas en la nota anterior, que sostienen que si la jurisprudencia constitucional ha interpretado de ese modo el artículo 148.1.18 CE ha sido como consecuencia de una *interpretación conjunta* de dicho precepto con los correspondientes Estatutos de Autonomía, que contenían una «propia autorrestricción» en una asunción competencial

En este punto, la cuestión capital que está planteada ahora ante el Tribunal Constitucional (en las impugnaciones dirigidas contra el Estatuto de Cataluña) es si el Estatuto de Autonomía es norma que pueda *obligar* al Tribunal Constitucional a modificar su jurisprudencia sobre el artículo 149.1.18 CE (20); o si, por el contrario, la jurisprudencia constitucional se *integra* de tal modo en la Constitución misma (21) que el Estatuto que se separe de la jurisprudencia constitucional se separa en la misma medida de la Constitución y, por eso, sólo puede ser considerado inconstitucional. A favor de la primera tesis se habla últimamente de «desconstitucionalización» en materia de organización territorial del Estado y de que el Estatuto de Autonomía «completaría» la regulación constitucional, de forma tal que una nueva regulación estatutaria podría llevar consigo una *obligadamente nueva* jurisprudencia constitucional. A mi juicio, la confusa doctrina de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, deja todavía abiertas todas las posibilidades interpretativas y no hace posible una previsión mínimamente segura.

El caso es que, si dejamos de lado futuros cambios de la jurisprudencia constitucional y atendemos al Derecho vigente y al estado actual de la doctrina constitucional sobre la competencia en materia de régimen local, puede afirmarse que el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña ha incluido en su regulación algunas reglas y principios que pueden considerarse como ejercicio de la competencia estatal sobre las bases del régimen local. Sobre esto quiere llamarse la atención, porque esto es lo que aquí se considera constitucionalmente inadmisibile. A partir de la entrada en vigor del Estatuto catalán el Estado ha perdido la competencia para modificar por sí mismo y por ley ordinaria esas bases incluidas en el Estatuto. El Estado ha convertido en *mancomunada* y, con ello, ha perdido la disponibilidad sobre una competencia que le reserva incondicionadamente la Constitución.

Se ha dicho que la asunción por el Estatuto de Autonomía de la función de garantizar la autonomía local, mediante la introducción en ellos de reglas materiales con esa finalidad, tiene la ventaja de «elevar de rango» esas normas garantiza-

que –se entiende– podría haber llegado más lejos. Vid. VELASCO, *Organización territorial...*, p. 287; y FONT, *El régimen local...*, p. 36. A mi juicio, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que las bases del régimen local eran bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas interpretando *directamente* y sólo el artículo 149.1.18 CE, sin que para llegar a esta tesis (tan discutible como favorable para la competencia estatal) se tomara apoyo alguno relevante de los preceptos estatutarios. Que esto es así se descubre fácilmente en la citada STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 1, que sostiene que «bases del régimen local» son «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», sin hacer referencia alguna a los Estatutos de Autonomía.

(20) Aquí parece posible situar la opinión de TORNOS MAS, J., «La STC 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7 (2008), p. 99: «en la medida en que la Constitución ni precisa el alcance de las materias que corresponden al Estado, ni el de las funciones reconocidas al Estado respecto a esas materias», este «espacio desconstitucionalizado» «puede ser precisado por los Estatutos de Autonomía».

(21) Así, FERNÁNDEZ FARRERES, *¿Hacia una nueva...?*, p. 75: «la Constitución no se reduce, sin más, a su letra, sino que se nutre sistemáticamente de la interpretación consolidada a lo largo del tiempo del supremo intérprete de la misma. Una jurisprudencia constitucional que viene a integrarse y fundirse con aquélla formando un todo (...); ORTEGA, en FONT I LLOVET, T.; VELASCO CABALLERO, F., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El régimen local...*, pp. 66-67: «lo que no cabe es que se pretenda que (la) interpretación constitucional quede alterada necesariamente por un cambio de regulación estatutaria»; y GARRORENA MORALES y FANLO LORAS, *La constitucionalidad...*, pp. 62-64.

doras de la autonomía local que, de esa forma, se imponen tanto a la legislación autonómica como a la legislación estatal general o sectorial (22). A mi juicio, sin embargo, que dicha elevación de rango supusiera una eventual ventaja desde la perspectiva de la garantía de la autonomía local no dice nada sobre su admisibilidad desde la perspectiva del sistema de fuentes, en concreto, del contenido posible de los Estatutos de Autonomía. Precisamente en la congelación de las normas recogidas en el Estatuto, en la petrificación –en el caso que nos interesa– de las bases estatales sobre régimen local que dejan de estar a disposición de la ley ordinaria estatal, consiste el motivo que, en mi opinión, hace constitucionalmente inadmisibles la inclusión de esas reglas y principios en el Estatuto de Autonomía.

La tesis favorable a la inclusión en los Estatutos de Autonomía de normas materiales destinadas a garantizar, más allá de lo dispuesto por los artículos 137 y 140 CE, la autonomía local parece tener detrás la idea del Estatuto de Autonomía como Constitución (23) de un Estado miembro de una Federación. Esa función de reforzamiento de la autonomía local garantizada por el artículo 28.2 de la *Grundgesetz* cumplen efectivamente en Alemania las reglas garantizadoras adicionales que contienen las Constituciones de los *Länder*. Pero no merece la pena a estas alturas justificar aquí con detalle que un Estatuto de Autonomía no es una Constitución de la Comunidad Autónoma (24). Y debe destacarse, por cierto, que en el modelo federal alemán, precisamente, las reglas garantizadoras de la autonomía local de las Constituciones de los *Länder* no vinculan a la Federación, cuya legislación sólo está sometida a la *Grundgesetz* (25).

Es cierto que los Estatutos de Autonomía de «primera generación» también incluían algunos preceptos relativos al régimen local (ciertamente testimoniales, si se comparan con la regulación contenida hoy en los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña o de Andalucía) en la correspondiente Comunidad Autónoma (26). El Tribunal Constitucional nunca se cuestionó directamente (porque –que yo sepa– nunca fue instado a ello) la constitucionalidad de esos preceptos. En algunos casos podían invocarse expresas normas constitucionales que amparaban esas someras regulaciones estatutarias: artículo 152.3 CE (regulación por el Estatuto de circunscripciones territoriales propias derivadas de la agrupación de municipios limítrofes); o disposición adicional primera CE (reglas sobre régimen local que puedan considerarse derechos históricos de territorios forales). En supuestos como éstos,

(22) FONT, *El régimen local...*, pp. 15-16, 23. También a favor de la inclusión de preceptos sobre régimen local en el Estatuto, para elevar los estándares constitucionales de autonomía local con eficacia «incluso frente a la ley», VELASCO, *Autonomía municipal...*, p. 71.

(23) Coincido en esto con la opinión de ORTEGA, en FONT I LLOVET, T.; VELASCO CABALLERO, F., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El régimen local...*, p. 62.

(24) *Vid.*, por todos, los argumentos de FERRERES COMELLA, «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en FERRERES COMELLA, V.; BIGLINO CAMPOS, P., y CARRILLO, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2006, pp. 12 y ss.

(25) La legislación del *Bund* sólo está sometida a las garantías del artículo 28.2 de la *Grundgesetz*, mientras que la legislación de los *Länder* está sometida tanto a ese precepto, como a las garantías adicionales de sus propias Constituciones. *Vid.*, por todos, SCHMIDT-ABMANN, E., y RÖHL, H. C., en SCHMIDT-ABMANN (coord.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., Berlín, 2005, p. 34; y BURGI, M., *Kommunalrecht*, Múnich, 2006, p. 75.

(26) VELASCO, *Autonomía municipal...*, p. 71, los enumera y reconoce que se trata de «algunas disposiciones (menores) tuitivas de la autonomía municipal».

había que considerar que la competencia estatal sobre las bases del régimen local del artículo 149.1.18 CE ya se atribuía al Estado con el «límite inmanente» de esas especialidades autonómicas.

También es cierto que la jurisprudencia constitucional ha admitido que los Estatutos de Autonomía pueden ofrecer un «anclaje estatutario» a una regulación no uniforme del régimen local (27); y que es posible que algunas bases estatales no sean aplicables en alguna Comunidad Autónoma en virtud de alguna disposición especial contenida en su Estatuto (28). Pero, a mi juicio, de estas excepciones admitidas por la jurisprudencia constitucional no es posible extraer la conclusión general de que el Estatuto puede incluir cualquier regla relativa al régimen local, con lo que eso supone –como se ha argumentado– de vaciamiento de la competencia legislativa estatal sobre las bases en esa materia, reservada al Estado por el artículo 149.1.18 CE. El «anclaje estatutario» que permite excepcionalmente limitar el alcance de la competencia estatal sobre las bases debe tener, a su vez, algún «anclaje constitucional».

Yo creo, en definitiva, que, en términos generales, la Constitución no previó ninguna posibilidad de concurrencia normativa entre los Estatutos de Autonomía y las leyes básicas estatales, esto es, que la misma materia fuera regulada por el Estatuto y por una ley del Estado dictada en ejercicio de una competencia estatal de fijación de bases normativas (29). Como se ha dicho desde el comienzo de este trabajo, la Constitución previó que [salvo excepciones: regulaciones materiales remitidas al Estatuto por preceptos constitucionales como los arts. 3 CE (lenguas cooficiales), 4.2 (banderas y enseñas propias), 145.2 CE (convenios entre Comunidades Autónomas), 152.3 (agrupaciones de municipios específicas), etc.] en el Estatuto se atribuyen (asumen) competencias y se organiza la Comunidad Autónoma, pero no se ejercen otras competencias regulativas ni del Estado ni de ésta.

Puesto que la posibilidad de concurrencia normativa entre el Estatuto de Autonomía y una ley básica estatal es algo ajeno –a mi juicio– al sistema constitucional de fuentes, no me extraña que las opiniones sobre cómo solucionar conflictos normativos cuando un precepto estatutario y una base legislativa estatal regulan lo mismo (pero de forma diferente) sean tan dispares. Hasta ahora, el punto de partida general y no problematizado creo que era que el Estatuto de Autonomía se integra en el bloque de la constitucionalidad y que la ley estatal o autonómica que no lo

(27) Lo destaca FONT I LLOVET, T., *Gobierno local y Estado autonómico*, Barcelona, 2008, p. 267: «el Tribunal Constitucional ha admitido en varias ocasiones, que son todas en las que se le ha planteado la cuestión, esta posibilidad de diferenciación de lo básico a partir de las previsiones estatutarias».

(28) Examina con detalle esta jurisprudencia constitucional VELASCO, *Organización territorial...*, pp. 295 y ss. Discrepo, sin embargo, en su interpretación (pp. 305-306) de la respuesta del Tribunal Constitucional al caso de las parroquias gallegas. La STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 15.b), no declaró que el precepto correspondiente de la LBRL fuera una *base estatal que no se aplicaba* en Galicia en virtud de algún específico precepto estatutario gallego, sino que dicho precepto *no era básico* y, por tanto, podía no ser aplicable en Galicia. Así se deduce de la argumentación del citado FJ 15.b) y, también, con claridad –a mi juicio–, del fallo: «3. Declarar que *no tiene carácter básico* el artículo 45.2.b), apartados primero y segundo, y que, por tanto, su contenido no es vinculante para las Comunidades Autónomas recurrentes» (o sea, tampoco para Cataluña).

(29) Comparto la opinión de ORTEGA, en FONT I LLOVET, T.; VELASCO CABALLERO, F., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El régimen local...*, pp. 65-66.

respetara se consideraría (mediatamente) disconforme con la Constitución, inconstitucional, inválida, nula (art. 28.1 LOTC).

Tras la «euforia regulativa» –si se permite la expresión, que sólo pretende ser gráfica– de los nuevos Estatutos (con sus bases del régimen local, sus derechos de los ciudadanos y ciudadanas y sus principios rectores, sus normas relativas al poder judicial, etc.), sin embargo, ya se ha hecho necesario preguntarse qué sucede cuando se solapan la regulación estatutaria con, por ejemplo, una base legislativa estatal en materia de régimen local o de sanidad. Para unos autores, que tienen presente sobre todo que el Estatuto es Ley Orgánica aplicable específicamente a una parte del territorio nacional, sería evidente que la regulación estatutaria desplaza y hace inaplicable en el territorio autonómico la norma básica estatal dictada con carácter general para todo el territorio nacional (30). Para otros, a los que parece preocupar principalmente que la regulación estatutaria no «hipoteque» una competencia estatal –constitucionalmente indisponible– de regulación de las bases de una materia, la mejor salida es la de considerar que si el Estado dicta bases legislativas contrarias a lo dispuesto en un Estatuto, la ley ordinaria estatal desplaza y haga inaplicable el precepto estatutario correspondiente (31).

Se cuestiona, por tanto, si las relaciones entre la legislación básica estatal y el contenido del Estatuto de Autonomía son de validez-nulidad o de eficacia-inaplicación; y, dentro de esta segunda tesis, si el Estatuto desplaza a la ley básica estatal o la ley básica estatal desplaza al Estatuto. Cuando el Estatuto se convierte en algo distinto a lo previsto por la Constitución [una norma de organización de una Comunidad Autónoma, en concreto, su «norma institucional básica» (art. 147.1 CE)] no debe extrañar que surjan problemas tampoco previstos por aquélla.

III. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE LOS CIUDADANOS NO ES, EN SÍ, MATERIA COMPETENCIAL RESERVADA COMO TAL AL ESTADO O A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EL ESTADO O LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS RECONOCEN DERECHOS A LOS CIUDADANOS, EN TÉRMINOS GENERALES, MEDIANTE EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS QUE LES ATRIBUYEN LA CONSTITUCIÓN O LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Hablemos ahora concretamente del reconocimiento de derechos de los ciudadanos en los Estatutos de Autonomía. Lo primero que debe afirmarse –en mi opinión– es que el reconocimiento de derechos de los ciudadanos no es, en sí, materia

(30) Ésta es una de las tesis centrales de VELASCO, *Autonomía municipal...*, pp. 70 y ss., aunque, en realidad, sostiene este autor que en materia de régimen local el Estatuto o la base estatal podrían desplazarse mutuamente, en función de cuál de las dos normas garantizara un estándar más elevado de autonomía municipal.

(31) Así, por ejemplo, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, 5 (2008), pp. 40-41, que se refiere, en concreto, a la competencia estatal en materia de bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE) y al artículo 20 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (testamento vital).

competencial reservada como tal al Estado o a las Comunidades Autónomas. Dejando aparte los derechos constitucionales, el Estado o las Comunidades Autónomas reconocen derechos a los ciudadanos, en términos generales, mediante el ejercicio de las competencias legislativas que les atribuyen la Constitución o los Estatutos de Autonomía.

El derecho a la elección de médico, por ejemplo, lo reconoce el Estado al ejercer su competencia legislativa en materia de bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE). Véanse los artículos 10.13, 14 y 15 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; y el artículo 13 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Y en otro ámbito material, el de la asistencia social, el derecho a la elección de centro residencial de atención a discapacitados, por ejemplo, lo reconoce la legislación autonómica en aquella materia, atribuida a las Comunidades Autónomas en todos los Estatutos de Autonomía, conforme a lo previsto desde el primer momento para todas las Comunidades Autónomas por el artículo 148.1.20 CE.

Ésta es, en esencia, según creo, la misma tesis que defiende César Aguado cuando afirma que «competencias y derechos son cosas distintas, aunque aquéllas en ocasiones tengan como uno de sus efectos, principal incluso, la regulación o la incidencia en derechos. Así, si la CA asume la competencia exclusiva en materia de vivienda (...), es de todo punto evidente no ya que incidirá en el ejercicio del derecho de sus respectivos ciudadanos recogido en el artículo 47 CE, sino que le corresponderá conformarlo (...)» (32).

Hagamos ahora uso de las ideas a las que se ha hecho mención más atrás, aplicándolas concretamente a este ámbito del reconocimiento de derechos. En primer lugar, el denominado «obstáculo del orden competencial». Piénsese en el derecho a la elección de médico reconocido en el artículo 23.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006: «Los usuarios de la sanidad pública tienen derecho al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de médico o médica y de centro sanitario, en los términos y las condiciones que establecen las Leyes». La competencia legislativa estatal para adoptar la decisión de si los pacientes de la sanidad pública tienen derecho o no a la elección de médico se ha hecho mancomunada, compartida en sentido estricto. Si el legislador estatal quisiera dar marcha atrás en el reconocimiento de este derecho, ya no puede hacerlo solo y por mayoría simple.

Una manera de evitar esta conclusión –que considero inadmisibile– es la de considerar que el Estado sí que puede dar marcha atrás en el reconocimiento de ese derecho por ley ordinaria y, entonces, desplazaría la regulación del Estatuto, lo haría en ese punto inaplicable. Ésta es –según creo– la tesis de De la Quadra-Salcedo Janini: «el solo reconocimiento de derechos en los Estatutos no impide al Estado el ejercicio efectivo de sus competencias constitucionales que puede suponer la eventual inaplicabilidad en un momento dado de aquellos derechos estatutarios que se opongan a la regulación del Estado adoptada en ejercicio válido de sus competencias» (33).

(32) AGUADO RENEDO, *El Estatuto...*, p. 358.

(33) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitu-*

Como ya se ha expuesto más arriba, esto supondría aceptar que la ley ordinaria estatal puede desplazar y hacer inaplicable el Estatuto de Autonomía. Que yo sepa, sin embargo, hasta ahora el punto de partida no discutido era que la ley estatal contraria al Estatuto era –mediatamente– contraria a la Constitución y, por tanto, inconstitucional y nula (arg. *ex* artículo 28.1 LOTC). O sea, que el Estatuto tenía fuerza pasiva frente a la ley ordinaria estatal.

Al aquí denominado como «obstáculo del principio democrático» se hace referencia expresa en la STC 247/2007, en la que se conecta «el principio democrático y la rigidez de los Estatutos de Autonomía, toda vez que aquél pudiera resultar afectado por las regulaciones estatutarias que estuvieran dotadas de tal densidad normativa que limitara la actividad del legislador autonómico». Por ello, se acepta sólo que los Estatutos establezcan «con diverso grado de concreción normativa aspectos centrales o nucleares de las *instituciones* que regulen y de las *competencias* que atribuyan en los ámbitos materiales que constitucionalmente les corresponden» (FJ 6, *in fine*). Parece, pues, que el Tribunal parte de la misma idea que aquí se defiende: que la definición del Estatuto como norma «institucional» básica de la Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE) significa que aquél no es fuente idónea para incluir regulaciones materiales o sustantivas (salvo con un apoyo constitucional expreso), sino sólo reglas relativas a las propias *instituciones* y a las *competencias* que se asumen. Veremos más abajo que la doctrina de esta resolución constitucional no es, después, del todo coherente, porque admite la inclusión en los Estatutos de normas con contenidos sustantivos (no institucionales), a los que se da el valor de mandatos o principios dirigidos a los órganos autonómicos.

Y en el «obstáculo del principio democrático» ha insistido la doctrina con (a mi juicio) buenos argumentos (34). Permítaseme transcribir la opinión de Luis María Díez-Picazo: «Los Estatutos de Autonomía vinculan a los poderes públicos, por lo que introducir las declaraciones de derechos en ellos supone establecer límites materiales a la actuación de aquéllos; y, por lo que se refiere específicamente al legislador, supone acotar el ámbito de la regla de la decisión por mayorías o, si se prefiere, definir el terreno del proceso político democrático. Un mismo enunciado normativo cambia de sentido dependiendo de que lo haga una ley o lo haga una disposición de rango supralegal. Por ejemplo, afirmar que el personal sanitario debe respetar el “testamento vital” de aquellos pacientes que ya no pueden manifestar su voluntad es, sin duda, una opción política legítima si la hace el legislador; pero, si la hace un Estatuto de Autonomía, significa que el legislador autonómico ya no podrá reconsiderar dicha opción. En España el terreno del proceso político democrático viene fijado por el título I de la CE. Admitir las normas estatutarias declarativas de derechos

cional, núm. 5 (2008), pp. 40-41. Hay que advertir que De la Quadra-Salcedo fundamenta la tesis de que el Estatuto «se deja» desplazar por la legislación que el Estado dicte en materias de su competencia en el apoyo positivo que brindan preceptos como el artículo 37.4 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, según el cual la regulación estatutaria no supone una alteración del régimen de competencias, lo que supone que en ámbitos legislativos del Estado la regulación estatutaria no pretende impedir el libre ejercicio de las competencias estatales (*vid.* p. 39).

(34) LÓPEZ MENUÑO, *Los derechos...*, p. 56, se refiere a la «petrificación y sustracción al juego democrático que puede suponer la inclusión de derechos en los Estatutos» como «el argumento de fondo más potente del presente debate».

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» (35).

A Francisco Caamaño le parece sorprendente y paradójico que se acepte que los derechos pueden ser reconocidos en las diversas leyes sectoriales de la Comunidad Autónoma (educación, sanidad, consumo, urbanismo, comercio), incluso en una ley autonómica aprobatoria de una Carta de derechos de los ciudadanos, pero no en el Estatuto de Autonomía. ¿Por qué no puede hacer el Estatuto de Autonomía lo que sí puede hacer la ley autonómica? (36). La respuesta cae por su propio peso en el contexto de lo que ya se ha dicho: porque cuando lo haga el Estatuto, en adelante, ya no podrá modificarlo *sólo* el legislador catalán por mayoría simple, que es la regla de la democracia.

Por eso, considero criticable la idea de que la inclusión de una declaración de derechos en el Estatuto de Autonomía sea «expresión de autogobierno» (37). Yo creo que, en el contexto de lo que aquí se está diciendo, esa inclusión puede verse más bien como una expresión de «heterogobierno». Si estamos, por ejemplo, en el ámbito de una materia legislativa autonómica que el Estatuto de Autonomía califique como «exclusiva», ¿qué hace el Estado *codeciendo* a través del Estatuto en materia legislativa autonómica y vinculando al futuro legislador autonómico que, tras las siguientes elecciones autonómicas, puede ser de signo político muy distinto al del legislador estatal y al del legislador autonómico que aprobaron el Estatuto? (38).

(35) Díez-PICAZO, *¿Pueden los Estatutos...?*, p. 71. En sentido parecido, FERRERES, en FERRERES COMELLA, V.; BIGLINO CAMPOS, P., y CARRILLO, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2006, pp. 17-18: para incluir en el Estatuto de Autonomía el catálogo de derechos la Comunidad Autónoma necesita «el consentimiento de las Cortes Generales a través de la correspondiente ley orgánica. Y, por la misma razón, si en el futuro la Comunidad Autónoma desea modificar un aspecto de esa tabla (para adaptarla a nuevas concepciones en materia de derechos, para “corregir” esa tabla o, incluso, para reaccionar contra la interpretación efectuada por los tribunales encargados de su aplicación), no puede hacerlo de manera unilateral. Necesita la aprobación de las Cortes Generales por ley orgánica. Y es perfectamente posible que, en un momento determinado, exista una discrepancia ideológica entre las fuerzas políticas que son mayoritarias en la Cortes y las que lo son en el Parlamento autonómico, discrepancia que puede hacer imposible o muy difícil que se apruebe la deseada modificación estatutaria en materia de derechos». A pesar de esto, Ferreres considera que no es inconstitucional la inclusión de estos contenidos en el Estatuto, sino sólo «objetable» desde el punto de vista del principio democrático (p. 24).

(36) CAAMAÑO, *Sí, pueden...*, p. 35.

(37) Así, CARRILLO, en el mismo título de su contribución a FERRERES COMELLA, V.; BIGLINO CAMPOS, P., y CARRILLO, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2006, pp. 63 y ss: «la declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos»; también favorable a la inclusión de los catálogos de derechos como manifestación del ejercicio de autogobierno, GARRIDO CUENCA, *La titularidad...*, pp. 12-14.

(38) Coincido, por ello, con PEMÁN GAVÍN, J., «En torno a la reforma del Estatuto aragonés: las posibilidades de una ampliación competencial», en LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), *De la reforma estatutaria* (Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, VIII), Zaragoza, 2005, pp. 350-351 (en nota a pie núm. 101): ese tipo de regulaciones produce «unos efectos prácticos de *reducción en el ámbito de autogobierno* de Cataluña al situar determinados temas en un terreno indisponible para su Parlamento» (cursiva mía).

IV. LA TESIS DE LA STC 247/2007, DE 12 DE DICIEMBRE, DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO PRINCIPIOS RECTORES SÓLO APLICABLES A LOS PODERES PÚBLICOS AUTONÓMICOS

A) CRÍTICA GENERAL A LA STC 247/2007

La STC 247/2007, de 12 de diciembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1 reconociendo –en síntesis– a los valencianos y valencianas el «derecho al agua». Para mí constituye esta resolución uno de los más endebles ejercicios de argumentación jurídico constitucional de la historia de este Tribunal (39). No es éste lugar para hacer una crítica pormenorizada. Pero voy a mencionar dos cuestiones que se sitúan en el entorno cercano de los problemas de interpretación constitucional de los que aquí se está hablando.

En primer término, supone –a mi juicio– la STC 247/2007 un verdadero ejercicio de *exceso de jurisdicción*. El Tribunal Constitucional, como cualquier otro, debe dar respuesta y resolver las cuestiones litigiosas que se le plantean en cada proceso. En éste se le preguntaba al Tribunal por la constitucionalidad de un precepto estatutario que reconocía un (muy inconcreto, pero polémico) derecho al agua de los valencianos y valencianas, y aprovecha la ocasión el Tribunal para convertir en jurisprudencia constitucional un discutible «manual sobre el Estatuto de Autonomía (de la A a la Z)», en el que, por lo demás, son muy pocas las conclusiones fijadas con claridad y muchas las cuestiones relativas al Estatuto de Autonomía planteadas sin relación ninguna con lo que el Tribunal tenía que resolver (40). A nadie se le escapa que, con ello, el Tribunal estaba ya acercándose a la resolución de las impugnaciones (éstas sí, múltiples y diversas) del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (41).

(39) De esta resolución dice lacónicamente REQUEJO PAGÉS, J. L., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2007», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 82 (2008), p. 279: «La Sentencia que (...) da fe del estado de la jurisdicción constitucional española en esta hora es la STC 247/2007 (...)». Desde la perspectiva de la deficiente argumentación jurídica se refiere FERNÁNDEZ FARRERES, *¿Hacia una nueva...?*, pp. 15-16, a «una argumentación circular con sistemáticos amagos dialécticos, en una especie de “sí pero no” que, a la vez, en cierto modo termina siendo “sí porque sí”, ya que al final, en muchas ocasiones, no se encuentra mayor explicación al desenlace del problema planteado».

(40) Sobre esto, Fernández Farreres, *¿Hacia una nueva...?*, p. 18: las correcciones y matizaciones a la doctrina consolidada sobre el Estado autonómico «se han formulado con ocasión de la resolución de un asunto que para nada requería de ellas y que, por tanto, ninguna relevancia guardan en relación con la decisión final que ha confirmado la constitucionalidad del precepto estatutario impugnado».

(41) Así REQUEJO, *Doctrina del Tribunal...*, p. 280: «a nadie ha escapado que la STC 247/2007 es, antes que otra cosa, el principio de la que habrá de resolver la impugnación del Estatuto de Cataluña, pendiente de un pronunciamiento que, admitida la recusación de uno de ellos en el polémico ATC 26/2007 (Pleno), de 5 de febrero, no podrán dictar todos los Magistrados que han participado en el enjuiciamiento del Estatuto valenciano».

Desde la perspectiva de la correcta argumentación con categorías jurídico constitucionales quiero aludir, en segundo término, a la utilización del concepto de *garantía institucional* para aplicarlo a los títulos competenciales del Estado contenidos en el artículo 149.1 CE. Se cuestiona el Tribunal si los Estatutos de Autonomía pueden interpretar las formulaciones con las que la Constitución reserva competencias al Estado. La pregunta, desde luego, nada tiene que ver con el reconocimiento del derecho al agua de los valencianos y valencianas; y la respuesta dista mucho de ser clara. Lo que sorprende al lector que conozca algo (aunque sea poco) de la categoría de la «garantía institucional» es que el Tribunal se valga de ella para argumentar en este punto. Dice el Tribunal que el Estatuto, al atribuir competencias a la Comunidad Autónoma, delimita necesariamente las competencias estatales y autonómicas, pero «es obvio que esa posible regulación normativa estatutaria no puede en ningún caso quebrantar el marco del artículo 149.1 CE, desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su reconocibilidad como institución» (FJ 10) (42).

No se descubre nada nuevo si se afirma que, desde que en el período de entreguerras del siglo xx se fijó en el ámbito del Derecho constitucional el concepto de la garantía institucional, ésta ha significado siempre –se puede expresar la idea con unas u otras palabras– la institución incorporada a la Constitución, que requiere de regulación legal, pero con respecto a la cual la garantía constitucional consiste precisamente en que el legislador no puede suprimirla ni llegar a desnaturalizarla mediante una regulación que la haga irreconoscible (43). Y la reconocibilidad, además de depender del dato jurídico-positivo constitucional, remite necesariamente a una configuración externa al texto constitucional, a «la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (por utilizar la expresión literal de la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), etc. Los ejemplos clásicos han sido el matrimonio y la familia, la propiedad privada y la herencia, la autonomía local y, entre nosotros, incluso, un régimen público de seguridad social [STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3.b)]. ¡Pero no los títulos competenciales del Estado!

Los juristas pueden discutir, por ejemplo, sobre si una regulación relativa a arrendamientos urbanos que pudiera suponer para el propietario más cargas que beneficios permite que se siga reconociendo la propiedad como institución garantizada constitucionalmente por el artículo 33 CE. También hay opiniones encontradas sobre si la expresa referencia constitucional al hombre y a la mujer en el artículo 32.1 CE incorpora la heterosexualidad como elemento sin el cual el matrimonio se hace irreconoscible como institución. Pero ¿qué notas deben respetarse para que sea reconocible la (supuesta) institución «marina mercante y abanderamiento de buques, iluminación de costas y señales marítimas» o «servicio meteorológico y matriculación de aeronaves» (art. 149.1.20 CE)? ¿Qué haría irreconoscible la (inexistente) institución «sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad» (art. 149.1.11 CE)? ¿Qué imagen puede tener la «conciencia social» de estos títu-

(42) Detectan que esta expresión supone aplicar el concepto de garantía institucional a los títulos competenciales estatales FERNÁNDEZ FARRERES, *¿Hacia una nueva...?*, p. 70 (en nota 21); y TOROS, *La STC 247/2007...*, p. 97 (en nota 6): «de nuevo el Tribunal Constitucional recurre al arsenal dogmático de la teoría de la garantía institucional, en este caso para aplicarlo a las competencias».

(43) Puede verse, por ejemplo, CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (cito por la edición de Alianza ed.), Madrid, 1992, pp. 175 y ss.

los competenciales? En definitiva, ¿qué tienen que ver los títulos competenciales estatales con las garantías institucionales?

Los títulos competenciales del artículo 149.1 CE han de interpretarse correctamente, ni más ni menos. Y a eso se ha dedicado la jurisprudencia constitucional cuando se ha pronunciado sobre recursos, cuestiones y conflictos de carácter competencial. No se puede ahora tratar de admitir como válida una interpretación del legislador que simplemente no sea «tan mala» que haga irrecognoscibles los conceptos utilizados por la Constitución para reservar competencias al Estado. Ese camino es el del vaciamiento de la Constitución como norma. Sobre el legislador ya no pesaría el límite incondicionado de respetar íntegramente la Constitución correctamente interpretada, sino que sería suficiente con que la ley no hiciera irrecognoscibles los preceptos constitucionales (¿?). Cuando dejan de utilizarse con precisión las categorías con las que el Tribunal Constitucional argumenta para resolver controversias constitucionales, el Tribunal pierde el único recurso que le otorga legitimidad frente a los órganos con legitimidad democrática (44).

B) CRÍTICA A LA TESIS DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS COMO PRINCIPIOS RECTORES SÓLO APLICABLES A LOS PODERES PÚBLICOS AUTONÓMICOS

Es conocido que para el enjuiciamiento del «derecho al agua» reconocido en el nuevo Estatuto de Autonomía de Valencia a favor de los valencianos y valencianas el Tribunal Constitucional ha mantenido la tesis de que ese tipo de derechos constituyen «mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan»; pues «en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 147.2.d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los Estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada» [STC 247/2007, FJ 15.c)]. Aquí debe destacarse la perplejidad que causa que el Tribunal Constitucional asuma la función de dictar al legislador lo que éste ha querido realmente decir («donde dice derecho debe decir principio»), sin necesidad de valerse de una interpretación conforme que tuviera su reflejo en el fallo de la Sentencia (45).

A mi juicio, sin embargo, debe destacarse, una vez más, que la cuestión clave no es la de si esa proposición jurídica declara un derecho subjetivo o un principio objetivo, sino si se está adoptando a través del Estatuto una decisión legislativa del Estado (o de la Comunidad Autónoma) que la Constitución atribuyó a aquél (o a

(44) *Vid.*, por todos, últimamente (en castellano), Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2008, pp. 99-100: «Aquí reside el riesgo de convertirse en transmisor de la fuerza y, en democracia, de la fuerza de la democracia, del número. Contra esta fuerza, los jueces sólo pueden utilizar *la fuerza de las razones jurídicas*» (cursiva mía).

(45) Se refiere REQUEJO, *Doctrina del Tribunal...*, p. 280, a una «voluntad de contemporización con el legislador que, sin ninguna paradoja, termina por desvirtuar la obra legislativa».

ésta) para ser adoptada con independencia y, en principio, por la mayoría simple del órgano legislativo de cada momento.

Para solucionar esta cuestión no vale, a mi juicio, pretender convertir el catálogo de derechos en «*soft law* estatutario» sólo vinculante para la Comunidad Autónoma, como hace la resolución constitucional que aquí se critica. Tampoco esa vía es, en principio, compatible con la Constitución.

Cuando la Constitución atribuye al Estado, por ejemplo, la competencia en materia de legislación laboral (art. 149.1.7 CE) está atribuyendo al Estado (entre otras cosas) la función de convertir en preceptos legales la política laboral. Atribuir la competencia legislativa en materia laboral al Estado significa atribuirle el instrumento jurídico más importante para dirigir la política en ese ámbito. Al Estado le corresponde fijar prioridades, principios informadores y concretas reglas en esa materia. En la misma línea de lo que se ha dicho hasta ahora, debe repetirse una vez más que no es admisible que el Estado «hipoteque» su competencia legislativa incluyendo en el Estatuto de Autonomía principios rectores en materia laboral, como hace, *v. gr.*, en el artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 (46).

Se parte, desde luego, de la base de que esos principios rectores estatutarios tienen alguna eficacia (47), como, por ejemplo, la tienen para todos los poderes públicos los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución, por muy «programática» que pudiera ser su apariencia en algún caso. No se plantearían problemas si esos principios y mandatos fueran totalmente inocuos y prescindibles. Pero yo creo que no existen normas «por completo» ineficaces en el ordenamiento jurídico. Pues bien, en materia laboral no admite la Constitución que los mandatos directivos de esta política queden «congelados» en el Estatuto, sino que el Estado ha de conservar incondicionadamente y en todo momento (con sujeción sólo a la Constitución) la facultad de modificar las prioridades, los principios y las reglas en esta materia por ley ordinaria, por el juego ordinario de las mayorías simples del legislador estatal.

Lo que aquí se ha dicho para una competencia legislativa íntegra (como la que tiene el Estado en materia laboral) vale también para las competencias legislativas estatales sobre las bases en otros ámbitos materiales. La fuerza directiva de las bases estatales para el legislador y los demás poderes autonómicos no puede ser

(46) Dispone este precepto: «*Artículo 26. Trabajo. 1.* En el ejercicio del derecho constitucional al trabajo se garantiza a todas las personas: *a)* El acceso gratuito a los servicios públicos de empleo. *b)* El acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios de mérito y capacidad. *c)* El acceso a la formación profesional. *d)* El derecho al descanso y al ocio. 2. Se garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. La ley regulará la participación institucional en el ámbito de la Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma».

(47) En sentido parecido al que aquí se defiende, GARRORENA MORALES y FANLO LORAS, *La constitucionalidad...*, p. 90, que destacan que preceptos semejantes no son inocuos a pesar de las frecuentes «cláusulas de autovaciado» (del tipo de «en los términos que establezca la legislación estatal»); o «añado yo» de las «cláusulas de salvaguardia» [como la introducida en el artículo 37.4 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: «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 (...)»].

anulada, contrarrestada o desplazada por la fuerza directiva de unos principios rectores estatutarios «petrificados».

En este contexto propongo dirigir la atención a los numerosos preceptos en materia de aguas contenidos en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha –que en estos momentos se tramita en las Cortes Generales–, en concreto, a la «bandera de la reforma estatutaria» (48) que se incluye en su Disposición transitoria primera. La verdad es que, en este ámbito material, el lector de la propuesta de reforma ya está preparado para casi cualquier cosa después de haber comprobado que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha pretende asumir competencia exclusiva sobre «las cuencas de aguas intracomunitarias» (art. 101.1 de la propuesta) (¡!) (49). Establece esta disposición transitoria (apartado 1) que «los poderes públicos del Estado y de Castilla-La Mancha velarán para que (...) el volumen trasvasable desde el Tajo al Segura se reduzca progresivamente a partir de la entrada en vigor del presente Estatuto hasta su definitiva extinción, que, en todo caso, se producirá en 2015 (...)».

Por lo pronto, no me parece tan sencillo como al Tribunal Constitucional afirmar que «con independencia de la veste de la que se revista» este precepto no pretenda vincular al Estado, sino sólo a los poderes públicos autonómicos. Los mandatos o principios rectores como éste precisamente no pueden obligar a los poderes públicos autonómicos, sino que sólo pueden tener como destinatario al Estado, porque sólo al Estado corresponde la competencia con la que puede darse cumplimiento a aquéllos (50). No pueden dirigirse a la Comunidad Autónoma unos mandatos que ésta «no está ni institucional ni competencialmente en condiciones de asegurar» (51). Esto es relevante. La STC 247/2007 exige para dar por buenos los principios rectores dirigidos a los órganos de la Comunidad Autónoma que aquéllos estén «conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto» [FJ 15.c)]. Eso es exigir demasiado poco. No basta con una simple conexión material. Debería exigirse que con el mandato o principio rector pudiera cumplirse completamente a través de la competencia autonómica, porque, si no es así, en lo que exceda de la competencia que se atribuye a la Comunidad Autónoma, el Estatuto estará ocupando un espacio reservado por la Constitución a la legislación (normalmente, legislación ordinaria) estatal, lo que –como se ha dicho ya reiteradamente– no es constitucionalmente admisible.

(48) Así se calificó el contenido de la disposición transitoria a la que se refiere el texto por parte de los Diputados de los dos grupos parlamentarios que componen las Cortes de Castilla-La Mancha, según informan GARRORENA MORALES y FANLO LORAS, *La constitucionalidad...*, p. 170.

(49) Sobre esto *vid.* GARRORENA MORALES y FANLO LORAS, *La constitucionalidad...*, pp. 145 y ss.

(50) Así, claramente, GARRORENA MORALES y FANLO LORAS, *La constitucionalidad...*, pp. 77-78: «en el caso del agua (...) las únicas competencias cuyo ejercicio puede dar satisfacción a tales mandatos o derechos son las competencias del Estado. En definitiva, (...) el delicado problema que presentan tales preceptos, sobre todo en Comunidades sin cuencas interiores (...), consiste en que, referidos a las autoridades autonómicas, son de contenido y cumplimiento tendencialmente imposible, y referidos al Estado son contrarios a las reglas que rigen el reparto competencial y, por tanto, contrarios a la Constitución».

(51) Así, con respecto al derecho al agua de los valencianos y valencianas en la reforma del Estatuto de Autonomía de Valencia, BAÑO LEÓN, J. M., y BOIX PALOP, A., «El Estatuto valenciano en el marco de la reforma territorial», en LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), *De la reforma estatutaria* (Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, VIII), Zaragoza, 2005, p. 250.

Pero lo más importante es que se está aquí ante una decisión legislativa del Estado (legislación sobre aguas intercomunitarias, artículo 149.1.22 CE) que éste debe poder adoptar por mayoría simple antes, durante o después del año 2015 y que no puede ni quedar vinculada a la voluntad concurrente del legislador castellano-manchego, ni petrificada por la exigencia de una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (52).

(52) GARRORENA MORALES y FANLO LORAS, *La constitucionalidad...*, pp. 174-175: «es patente (...) que el Estatuto ignora y pervierte su función constitucional atributiva de las competencias de Castilla-La Mancha, para (...) establecer mandatos cuyo único destinatario es el Estado, que, además, queda privado de futuro de la disponibilidad sobre ese objeto específico de su competencia, en cuanto garante de la solidaridad interterritorial en materia de recursos hídricos».