

CONTENIDO

I. Introducción	1
II. Derechos y Constitución en el Estado autonómico: la relevancia constitucio- nal de las declaraciones estatutarias de derechos	11
1. Introducción	11
2. Los derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cata- luña (EAC)	14
3. La constitucionalidad de las declara- ciones estatutarias de derechos, deberes y principios	41
4. Oportunidad política y aportaciones téc- nico-jurídicas de las declaraciones esta- tutarias de derechos	56

5. A modo de cierre: las declaraciones estatutarias de derechos como elementos de un constitucionalismo multinivel o en red	72
III. Derechos y Constitución en el Estado integrado en la Unión Europea: elementos para la construcción de un orden público constitucional europeo	79
1. Introducción	79
2. Un intento de definición del espacio político comunitario	83
3. Hacia un sistema comunitario de derechos	99
4. ¿Supremacía o primacía? La interrelación entre el ordenamiento europeo y los estatales	124
Bibliografía	141

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo parte de la constatación de un fenómeno cada vez más incisivo: la pérdida de normatividad de los textos constitucionales, y en concreto de la Constitución española de 1978 (en adelante CE).

Distintos son los factores que inciden en esta situación. Sin duda uno de los más destacados es el que gira alrededor del proceso conocido con el nombre de “globalización”. A partir del mismo, como es sabido, se ha producido inexorablemente un desplazamiento del Estado y del derecho estatal de la centralidad del discurso económico y político.

Vivimos tiempos caracterizados por un vaciamiento del sentido regulador de buena parte de las previsiones constitucionales; la “constitución” de la comunidad política va por caminos muy distintos a aquellos que son marcados por el texto constitucional. Se produciría así una auténtica “alienación” constitucional¹ que se encargará de

¹ Expresión empleada por De Cabo, C., “Las fuentes del derecho: apunte sistemático”, *Estudios de derecho público*.

sublimar algunas partes de su contenido, aquellas que resultan funcionales al proceso globalizador, y de preterir o debilitar aquellas otras, referidas a la realización del principio social y democrático, base de dinámicas de empoderamiento que podrían cuestionar el extrañamiento de lo público.

La sorpresa nos invade cuando conseguimos recordar que, en virtud del Título VII de la CE (donde se contiene la llamada “constitución económica”), los poderes públicos tienen, teóricamente, toda una batería de posibilidades para intervenir en la esfera económica. También es prueba de ello la revitalización de las libertades patrimoniales, concretamente de un derecho de propiedad (artículo 33, CE) cuya función social se difumina con frecuencia; o de una libertad de empresa (artículo 37, CE) ampliada a partir de las restricciones de los derechos laborales (artículo 35, CE).² Podríamos también preguntarnos por el destino del mandato a los poderes públicos de impedir la especulación para asegurar el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47, CE).

Efectivamente, de los principios configuradores de la forma de Estado recogida en el artículo

Homenaje a Juan José Ruiz Rico, Madrid, Tecnos, 1997, vol. I, pp. 241-259.

² En este sentido, merece la pena consultar a García Herrera, M. A. y Maestro Buelga, G., *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Madrid, CEDECS, 1999.

1.1, CE, sin duda, el más afectado es el principio social.

Pero esta “desconstitucionalización” del Estado social afecta necesariamente al Estado democrático y al Estado de derecho: la pérdida de fuerza normativa del principio social conlleva la pérdida de fuerza normativa del principio democrático y del principio del Estado de derecho.³ ¿Qué cabe hacer frente a esta situación?

La tesis principal de este trabajo es la siguiente: para recuperar la capacidad reguladora del texto constitucional, y con ella la plena normatividad de los principios social, democrático y garantista, es necesario sacar al derecho constitucional de su autismo proyectándolo *más allá y más acá* del Estado. Hacia el Estado como Estado integrado en la Unión Europea y hacia el Estado entendido como Estado de las autonomías.

Hablamos pues de la necesidad de avanzar en la lógica de lo que la doctrina ha venido denominando un constitucionalismo multinivel o en red.⁴

³ Cabo, C. de, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

⁴ La idea de un constitucionalismo multinivel ha sido defendido desde diferentes puntos de vista aunque con categorías similares, por autores como I. Pernice, F. C. Mayer, J. H. Weiler, M. Poiares Maduro o N. MacCormick. Sobre la noción es-

Se parte de la necesidad, señalada por Gomes Canotilho, de construir un discurso del intérprete desde el Estado democrático y social de derecho pero ubicando al Estado dentro de una “red de complejidad”.⁵

El problema es que ya tenemos una red tejida, y es una red sumamente compleja. Se trata de una trama que ha logrado enmarañar los cauces de participación democrática y de transparencia y control de la toma de decisiones políticas; que ha desplazado a los Estados, a unos más que a otros, de la centralidad de los procesos políticos mezclándolos en espacios comunicativos y de influencia cada vez más heterogéneos y opacos. Espacios, descritos de manera frecuentemente acrítica bajo el término *governance*, en los que han ido ganando presencia aquellos poderes privados con mayor capacidad de presión, de influencia, no necesariamente portadores de intereses generales o generalizables.

La apuesta por ubicar y por entender política y jurídicamente al Estado y la Constitución estatal en la mencionada “red de complejidad”, representa un intento de deshacer el tupido y antidemocrático entramado de intereses que dominan hoy la esfe-

pecífica de constitucionalismo en red, puede verse, a su vez, Bustos Gisbert, R., *La Constitución en red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Oñati, IVAP, 2005.

⁵ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional y teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 1279.

ra de lo político. Al llevar la comprensión misma del Estado a su posición en la integración regional y al mismo tiempo a su papel como espacio integrador de autonomías políticas territoriales, lo que se pretende es rediseñar el dibujo de las relaciones jurídico-políticas hoy dominantes. Conlleva, si se quiere, la empresa racionalista de desunir para después unir, de desligar y ligar.

Se trata, en definitiva, de evitar, como señalan López Pina y Gutiérrez, que la Constitución se reduzca a un mero “mecanismo formal de legitimación de decisiones soberanas, sin capacidad efectiva para imponer límites materiales al ejercicio del poder”.⁶

El presente trabajo, evidentemente, tan sólo propone una aproximación al debate. Un debate, además, animado en este momento de manera intensa: en el plano del Estado autonómico, por medio del cuestionamiento no sólo de carácter político sino también constitucional de la validez de la reforma del Estatuto catalán; en el plano de la integración europea, por la voluntad de revitalizar o redireccionar el inconcluso proceso constituyente.

Estamos pues en un momento idóneo para abordar ambas cuestiones. El análisis, no obstante, se va a hacer de manera separada pero con la inten-

⁶ López Pina, A. y Gutiérrez Gutiérrez, I., *Elementos de derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 61.

ción de ofrecer un panorama de reflexión global, perspectiva no siempre presente. En primer lugar, el trabajo se centrará en el Estado como Estado de las autonomías fundamentalmente a través de un acercamiento a la reforma estatutaria catalana. De las distintas novedades incorporadas por tal reforma nos centraremos en la que sin duda resulta más relevante para el tipo de reflexión aquí propuesta: el reconocimiento de un listado estatutario propio de derechos, deberes y libertades.

Como se verá, el análisis nos va a llevar a situar las relaciones entre los distintos centros de garantía de los derechos, en este caso el estatal junto con los autonómicos, a la cuestión de la posibilidad, o mejor dicho, la necesidad de sostener, tanto de manera teórica como práctica, un sistema multinivel de protección de los derechos.

Hasta ahora, algo parecido se viene dando de manera altamente relevante entre los planos estatal e internacional. Pero cuando hablamos de “sistema multinivel”, de “distintos planos” o en “red” estamos ante un fenómeno que va más allá del fenómeno de la internacionalización de la protección de los derechos humanos. Se trata, más bien, de una reconsideración de la posición del Estado y de la Constitución en su relación (interrelación) con otros centros de poder y de producción normativa. Una nueva manera de entender las relaciones interordinamentales que matiza

e incluso puede llegar a dejar atrás el dogma de la unidad de poder y de ordenamiento, ínsito en la idea de soberanía estatal.

Por ello, para poder completar el análisis, el siguiente apartado se va a centrar en la dimensión supranacional del Estado, y concretamente en el modo en que hasta ahora se ha articulado la interrelación entre el espacio estatal y el comunitario y los principales problemas que, desde preocupaciones constitucionales, deben advertirse.

En este camino nos han de servir las reflexiones de Zagrebelsky, cuando ha querido referirse a un concepto distinto de Constitución, advirtiendo que puede tratarse de “una importante novedad, siempre que no se espere que el resultado haya de ser el mismo de otro tiempo, es decir, la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta, que asegure la unidad política estatal”. A lo que se refiere el autor es a que ya no cabe concebir

la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir... es esa visión “abierta” de la Constitución... a la que puede atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse... a la organización de una

autoridad y de una unión europeas cuya existencia misma contradice el carácter absoluto del dogma de la soberanía estatal.⁷

Una última cuestión: como se menciona en el título del presente trabajo, en el horizonte normativo se sitúa la paulatina construcción de un *orden público constitucional complejo*.

Este concepto se emplea no en su sentido más común, vinculado meramente a la situación fáctica que permite el pacífico ejercicio de los derechos y libertades de todos. Así ha sido utilizado, tanto en el plano legal como, sobre todo, en el administrativo, con una más que generosa amplitud. Su versión más descarada, más cercenadora de derechos, la encontramos en ejemplos como el Tribunal de Orden Público del sistema franquista. Recordemos, no obstante, que originalmente el concepto de orden público aparece tan sólo referido como límite a la libertad de expresión (artículo 9o. de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789: “nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso las religiosas siempre y cuando su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”).

Como sabemos, en su desarrollo posterior se ha configurado como una de las cláusulas de escape

⁷ Zagrebelsky, Gustave, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 13 y 14.

más recurridas por los Estados como vía para matizar sus compromisos internacionales de reconocimiento de derechos. En el plano comunitario también aparece, como por ejemplo en los preceptos relativos a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios: el artículo 46 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) dispone que “las disposiciones del presente capítulo... no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”.

Pero en este trabajo se pretende remarcar que el concepto de orden público constitucional, lejos de actuar como cláusula genérica dirigida a justificar restricciones de derechos, debe referirse a un complejo normativo, de componentes procedimentales y materiales, capaz de enlazar las distintas esferas decisorias, públicas y privadas, bajo la perspectiva garantista propia del constitucionalismo democrático.

La noción “orden público constitucional” vendría así a recoger la idea de un consenso mínimo compartido desde el que los distintos centros de poder democrático entran en relación y hacia dónde todos ellos convergen, en un constante proceso de recíproco condicionamiento. Frente al él, por tanto, no cabría anteponer una noción particular de orden público.

Se pretende al mismo tiempo ahuyentar otras nociones también referidas a espacios de relación entre distintos centros de poder pero en términos no necesariamente garantistas. De manera destacada, se rechaza aludir acriticamente al concepto *governance* o gobernanza. Si bien en términos descriptivos conceptos como éste pueden ser de gran utilidad para mostrar, y en su caso, denunciar el debilitamiento de lo público en los espacios de toma de decisiones, no nos sirven para la tarea que nos proponemos, pues no aportan nada desde un punto de vista prescriptivo. Es más, se corre el riesgo de caer en pretensiones de neutralidad (que podrían llevar a lo que Bobbio llamara el “positivismo ideológico”)⁸ altamente contraproducentes.

En definitiva: frente al actual desorden privado, un orden público llamado a integrar los espacios participativos asegurando condiciones reales de intervención social y política para todos. Frente a la dispersión de órdenes públicos y su subordinación a dinámicas de gobernanza en red regidas únicamente por un inasible criterio de la eficacia, la progresiva construcción de un mismo, aunque complejo, orden público constitucional, centrado, por tanto, en el control y limitación de los poderes (públicos y privados) como garantía ineludible de derechos y libertades.

⁸ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1994.

II. DERECHOS Y CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO: LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LAS DECLARACIONES ESTATUTARIAS DE DERECHOS⁹

1. *Introducción*

La previsión de derechos, deberes y principios propios constituye uno de los elementos más novedosos de las recientes reformas estatutarias. Este reconocimiento ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina. También está en la base de sendos recursos de inconstitucionalidad presentados contra el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña por parte del defensor del pueblo y por el grupo parlamentario del Partido Popular.

⁹ El presente apartado nace del trabajo elaborado junto con el profesor Gerardo Pisarello. Aparicio Wilhelmi, M. y Pisarello, Gerardo, “El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿Hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?”, *El Clip*, julio de 2007.

Como se ha apuntado en el apartado anterior, la perspectiva aquí adoptada pasa por considerar que el reconocimiento de derechos, deberes y principios estatutarios se inscribe de manera coherente en la lógica del mencionado constitucionalismo multi-nivel, poli-céntrico o en red. Si este modelo, en efecto, comporta el reconocimiento de diversos centros de poder normativo (estatales, supra-estatales e infra-estatales), también debería comportar el simultáneo reconocimiento de derechos, deberes y principios que impongan límites y vínculos al ejercicio de dicho poder en cada una de esas escalas.

Las líneas que siguen tienen por objeto afianzar el papel del reconocimiento estatutario de derechos en el marco de un modelo constitucional complejo y en distintos planos. Para ello se va a procurar responder a algunas de las objeciones que hasta el momento se han planteado ante lo que sin duda es un salto cualitativo del moldeo autonómico recogido por la CE de 1978.

Partiremos de dos ideas centrales. La primera es que el reconocimiento de derechos, deberes y principios ligados al ejercicio de competencias estatutarias resulta perfectamente legítimo e incluso podría considerarse conveniente en un sistema constitucional como el español. Esta idea vendría apoyada por el hecho de que este tipo de reconocimiento es un rasgo común a muchos Estados des-

centralizados políticamente, sean o no estrictamente federales. La segunda idea es que la sistemática de los derechos, deberes y principios recogida en algunas reformas estatutarias enriquece la percepción constitucional de los mismos, y comporta algunos avances no desdeñables tanto desde el punto de vista de la técnica normativa como de su posible incidencia jurídica.

De todas formas, para comenzar, debe decirse que las normas estatutarias declarativas de derechos, deberes y principios no son una novedad radical de las recientes reformas. En realidad, buena parte de los estatutos de autonomía contenían algunas normas de este tipo. Y si recordamos, este reconocimiento no generó excesivas reacciones ni por parte de la doctrina y mucho menos de la jurisprudencia constitucional. El debate suscitado por las reformas estatutarias no apuntaría, por tanto, solamente a la posibilidad del reconocimiento de derechos si no a la manera en que éstos son recogidos. Frente al carácter aislado de las anteriores normas estatutarias declarativas de derechos, algunas de las actuales reformas se caracterizan no sólo por su prolijidad sino por su pretensión de sistematicidad.

Esta pretensión de sistematicidad —en materia de estructura normativa, de eficacia e incluso de garantías— es la que aparece como el blanco prin-

cial de las posiciones críticas. Tanto desde el punto de vista específico de la constitucionalidad como desde la perspectiva más amplia de su oportunidad política. A continuación abordaremos ambas objeciones. Ahora bien, antes de proceder a ello, para así poder entender mejor el objeto de las críticas, dedicaremos un primer apartado a describir el modo en que una de las recientes reformas estatutarias, la catalana, ha realizado dicho reconocimiento propio de derechos, deberes y principios.

2. Los derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)

A. Los derechos del ámbito civil y social del EAC en relación con el sistema de protección establecido en la CE

El EAC ofrece un modelo original de reconocimiento de los derechos, como pone de manifiesto su comparación con otros modelos que ofrece el derecho comparado, lo que viene dado, en parte, por la propia singularidad del modelo español en el conjunto de los estados compuestos.¹⁰ Por otra

¹⁰ Para una panorámica general sobre esta cuestión, véase Aparicio Pérez, M. A. (ed.), Castella, J. M. y Expósito, E.

parte, la regulación de los derechos en el EAC se aleja de la jerarquización de los derechos —o, al menos, diferenciación de los derechos en función de las garantías— que establece la CE en el artículo 53. Como es sabido, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional limitan el carácter de fundamentalidad a aquellos derechos dotados de protección jurisdiccional reforzada (artículo 53.2, CE) y, en su caso, de reserva de Ley orgánica (artículo 81, CE).¹¹ Por otra parte, y con la excepción del derecho a la educación, los derechos sociales quedan relegados al capítulo III del título I, bajo la rúbrica de “Principios rectores de la política económica y social”. Estos principios, si bien informan la práctica judicial y legislativa, en principio sólo resultarían alegables ante la jurisdicción ordinaria “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.3, CE).

Contrariamente, el EAC parte de una concepción interdependiente de los derechos consagrados,

(coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, Atelier, 2005.

¹¹ En relación con el concepto de derecho fundamental restringido al capítulo segundo de la Constitución, véase, particularmente, Jiménez Campo, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, t. IV, pp. 443 y ss.

de modo que puede decirse que, en este punto, el EAC se aleja de la sistemática utilizada por la CE y propugna una diferente pedagogía de los derechos. Así, los derechos del ámbito civil y social (capítulo I) se recogen en pie de igualdad con los derechos en el ámbito político y de la administración (capítulo II) y los derechos lingüísticos (capítulo III), disfrutando todos ellos del mismo sistema de garantías (capítulo IV).

El sistema de garantías único, recogido en el capítulo IV es, en efecto, el argumento principal para afirmar que el EAC se aparta del esquema de la CE para reconocer un carácter unitario a todos los derechos que recoge. Las distinciones en razón de la materia no obedecen a una diferenciación ni de los mecanismos de protección ni de sus fundamentos axiológicos. Lo que se prefigura, de este modo, es un modelo de definición y protección multinivel de los derechos. Conforme al mismo, cada ámbito territorial puede tener un sistema propio de derechos y garantías siempre que ello genere un círculo virtuoso que no comprometa sino que refuerce el sistema de derechos en un contexto más amplio.

Por último, el EAC contiene una cláusula de no afectación competencial, del estilo (aunque no coincidente, según veremos) a la establecida por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Concretamente, según el artículo 37.4 “los derechos y

los principios de este Título no comportan una alteración del régimen de distribución de competencias ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los que ya existen”.

De todas formas, pese a la claridad del enunciado recién transcrito, lo cierto es que la contención de los efectos competenciales expansivos no debe entenderse como si de un freno de activación automática se tratara. El marco competencial, evidentemente, es el establecido por los parámetros normativos aplicables en cada caso, ahora bien, ello no impediría una cierta flexibilidad del juicio competencial cuando de lo que se tratara fuese de la regulación del ejercicio de derechos previstos estatutariamente. Se trata de extender al ámbito autonómico una tendencia arraigada en el ámbito estatal. Es cierto que en el caso estatal nos encontramos ante una serie de competencias previstas para asegurar la regulación del estatus básico de los derechos para todas las personas en todo el territorio. Pero es precisamente por ello, por que el Estado cuenta con suficientes herramientas, tanto de anticipación como de reacción, por lo que nada impide reconocer que en el ámbito autonómico también la naturaleza expansiva de los derechos puede jugar algún papel.

Finalmente, el mismo artículo 37.4, EAC, incorpora lo que puede denominarse como “cláusula

virtuosa”. En virtud del mismo, “ninguna de las disposiciones de este Título podrá ser desplegada, aplicada o interpretada de manera que reduzca o limite los derechos fundamentales que reconocen la Constitución y los Tratados y convenios internacionales ratificados por España”.

*B. Los derechos del ámbito civil y social
en el contexto del sistema
de derechos del EAC*

Los capítulos I y II del título I se apartan de la distinción propia del derecho internacional entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. En su lugar, consagran derechos “del ámbito civil y social”, por un lado, y derechos “en el ámbito político y de la Administración”, por otro. De esta manera, el EAC evita adscribir los derechos a valores o principios específicos que justifiquen diferentes grados de protección. Se descarta, así, la distinción entre derechos civiles asociados a la “dignidad de la persona”¹² o

¹² Un rico análisis sobre el papel del principio de dignidad recogido en la CE respecto de la categorización y la titularidad de los derechos fundamentales, puede verse en Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Barcelona, Marcial Pons, 2005.

a la “libertad” y derechos sociales asociados a las ideas de “igualdad” o de “solidaridad” utilizada en otras cartas de derechos.

Así ocurre, en cierto modo, con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (*DOCE*, 364/8, del 18 de diciembre de 2000). Aunque en principio asume la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos, los adscribe a valores o principios diferenciados —dignidad, libertad, solidaridad, ciudadanía, justicia—. Esto puede dar pábulo, obviamente, al prejuicio de considerar unos derechos de mayor peso axiológico que otros. La mayoría de derechos sociales aparecen consagrados como derechos de “solidaridad”, condicionados, en relación a su protección y garantías, a lo que se establezca en “el derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”. Los derechos civiles, en cambio, se configuran como incondicionados derechos de “dignidad” o de “justicia”, o aparecen mezclados junto a la propiedad y la libertad de empresa bajo el título común de “libertad”.

La taxonomía estatutaria se aparta de tales precedentes optando por un sistema de garantías común e indiferenciado. Con ello se distingue del modelo constitucional, pero difícilmente se puede afirmar que sea contradictoria con el mismo.

Partiendo de lo que señalamos en relación con los fundamentos axiológicos comunes de los derechos reconocidos en el EAC, la terminología estatutaria refuerza la idea de que existe una única categoría indivisible de derechos que pueden, si acaso, proyectarse sobre “ámbitos” diferentes. No se trataría de derechos de “naturaleza” distinta sino de una única categoría de derechos que se proyecta sobre materias diferentes, sin jerarquías axiológicas o normativas entre sí.

Así por ejemplo, el artículo 15.2, EAC, en la medida en que reconoce el derecho de todas las personas “a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”, puede considerarse como cláusula transversal que otorga un fundamento axiológico común a todos los derechos civiles, sociales, políticos y lingüísticos consagrados en el EAC. Su ubicación sistemática, como norma de apertura del título I del EAC, reforzaría esta idea.

Todos los derechos estatutarios, por lo tanto, aparecen vinculados a la garantía de una igual dignidad, seguridad y autonomía de las personas. Asimismo, todos ellos remiten a valores como la libertad frente a la explotación, el maltrato y todo tipo de discriminación y el libre desarrollo de la personalidad y de la propia capacidad. Este contenido del artículo 15.2,

EAC, debe vincularse tanto a la cláusula de transformación social prevista en el artículo 4.2, EAC, como a su apartado tercero, que insta a los poderes públicos de Cataluña a “promover los valores de la libertad, la democracia, la igualdad, el pluralismo, la paz, la justicia, la solidaridad, la cohesión social, la equidad de género y el desarrollo sostenible”.

Por otra parte, al consagrar los derechos del ámbito civil y social de manera conjunta, el EAC contribuye a matizar la distinción, difundida entre buena parte de la doctrina, entre unos derechos sociales “de prestación” y derechos civiles “de abstención”. De ese modo, se asume un principio consolidado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos: todos los derechos presentan, en realidad, una estructura compleja, en parte prestacional, en parte no prestacional. Con ello se cierra el paso a la lectura según la cual la garantía de los derechos sociales, a diferencia de otros derechos, quedaría en manos de la libre disponibilidad del legislador, aunque es cierto que esto no excluye que, para ser eficaces, la mayoría de los derechos recogidos en el capítulo I requieran la intervención del legislador, intervención que, en algunos casos, es explícita en el mismo texto de la disposición.¹³

¹³ Véanse los artículos: 16, 20.2, 21.3, 21.4, 21.5, 21.6, 21.7, 21.8, 23.1, 23.2, 23.3, 24.1, 24.2, 24.3, 25.2, 26, 27.1, 27.2, 27.3, 28.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Esta mutua imbricación entre aspectos de abstención y aspectos de prestación en los derechos reconocidos en el EAC queda bastante clara en algunos ejemplos particulares. Así, por ejemplo, el derecho “civil” a vivir con dignidad el proceso de la muerte aparece directamente vinculado al derecho “prestacional” a recibir “un tratamiento adecuado del dolor y curas paliativas” (artículo 20.1, EAC). Del mismo modo, el derecho “civil” de los menores al libre desarrollo de su personalidad queda ligado al derecho “prestacional” a recibir atención integral (artículo 17, EAC).

De manera similar, derechos “civiles” y “políticos” de patrón clásico, es decir, que no comportan una faceta necesariamente onerosa, pasan a integrar el contenido de derechos de carácter “social”. Los derechos en el ámbito de la salud, por ejemplo, comprenden el derecho de las personas “a ser informadas sobre los servicios a los que pueden acceder y sobre los requisitos necesarios para usarlos”, así como el derecho “a dar el consentimiento para cualquier intervención” (artículo 23.3, EAC). El derecho a ser informado, a consentir las prestaciones recibidas y a acceder de manera no discriminatoria a las mismas también ocupa un lugar central en la configuración de los derechos en el ámbito de los servicios sociales (artículo 24, EAC). Finalmente, los derechos “civiles” y “políticos” a la consulta, la información y la

participación forman parte esencial de los derechos “sociales” de los trabajadores y sus representantes (artículo 25, EAC), de los derechos ambientales (artículo 27, EAC) o de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 28, EAC).

Esta relación entre derechos civiles y participativos y derechos sociales es fundamental, ya que convierte a los destinatarios de los derechos sociales en sujetos activos de su propia configuración. Así, la concreción de estos derechos no aparece ya como una simple concesión otorgada “desde arriba”, sino como el resultado de un proceso en el que intervienen tanto las instituciones como los propios sujetos de los derechos. Por otra parte, aflora aquí con nitidez la vinculación entre la cláusula del Estado social y el principio democrático en el sistema constitucional español, vínculo que puede observarse tanto en el artículo 9.2, CE como en el artículo 4.2, EAC.

C. Los derechos estatutarios como contenido material de la autonomía y como elementos de una proyección propia del Estado social y democrático de derecho

Se podría decir que la declaración estatutaria de derechos, como pieza clave del ejercicio del dere-

cho de las nacionalidades y regiones a la autonomía (artículo 2o., CE) da forma a una proyección propia del Estado social y democrático de derecho consagrado en el artículo 1.1, CE. Una forma que, lejos de ser incompatible, vendría a reforzar la normatividad de los mencionados principios estructuradores del Estado.

Así se deduce a partir de un rápido repaso del contenido de los derechos recogidos en el capítulo I del título I del EAC (“derechos y deberes del ámbito civil y social”). Como enseguida veremos, la apuesta realizada no se detiene en convertir principios rectores de la CE en derechos de rango estatutario (como sucede de manera más marcada en el caso de la reforma andaluza), sino que, y sin desdeñar la importancia de tal operación, presenta algunas singularidades relevantes tanto en el ámbito de los sujetos de los derechos como en el contenido de los mismos.

El artículo 15, EAC, reconoce los derechos del ámbito civil y social a todas las personas, al tiempo que estipula que los derechos políticos sólo atribuidos a los ciudadanos de Cataluña “pueden extenderse a otras personas en los términos que establecen las leyes”. Igualmente, y de manera similar a lo que ocurre en la CE, la titularidad universal del derecho “a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación y malos tratos” se com-

bina con un reconocimiento específico de distintos sujetos en situación de vulnerabilidad. Desde “las familias” (artículo 16, EAC), los menores (artículo 17, EAC) y las personas mayores (artículo 18, EAC), hasta las mujeres, a quienes se reconoce “el derecho a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados” (artículo 19, EAC).

Junto a estas consideraciones en materia de titularidad de los derechos, se consagran aspectos singulares ligados del ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, el Estatuto otorga un papel relevante a las llamadas “organizaciones del tercer sector” en el ámbito de los servicios sociales (artículo 24.4, EAC) a los trabajadores y a las organizaciones sindicales y empresariales, en el ámbito laboral (artículo 25.5, EAC) o a los consumidores y usuarios de bienes y servicios (artículo 28, EAC).

Es cierto que muchas veces la configuración de los derechos reconocidos apenas va más allá de las previsiones de la CE. Pero en otras, en cambio, se especifica de manera especial tanto su contenido como las obligaciones que comportan.

El artículo 20, EAC, establece un derecho “nuevo” con componentes a la vez “civiles” y “sociales”. Así, reconoce, por un lado, el derecho “a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el pro-

ceso de su muerte” (apartado 1). Por otro, el derecho a “expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir” (apartado 2). También son concreciones novedosas de derechos clásicos, el derecho de acceso a los servicios sociales (apartado 1), el derecho a atención adecuada de las personas con necesidades especiales (apartado 2), el derecho de acceso a una renta garantizada de ciudadanía (apartado 3) o el derecho de las personas excluidas a prestaciones y recursos no contributivos de carácter paliativo (artículo 25.2, EAC).

El artículo 16, EAC, por su parte, concreta la protección social, económica y jurídica de la familia del artículo 39.1, CE a través del reconocimiento un derecho a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender a las cargas familiares, si bien las condiciones de acceso a dichas prestaciones deberá establecerlas la ley.

El artículo 17, EAC, amplía la protección de los menores que se halla en el artículo 39.4, CE, a través del reconocimiento del “derecho a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social”.

El artículo 18, EAC, va más allá del artículo 50, CE, al referirse a un “derecho a vivir con dignidad,

libres de explotación y de malos tratos” reconocido a las personas mayores y al incorporar la prohibición de discriminación por motivos de edad como una limitación suplementaria al legislador catalán.

El artículo 21, EAC, sobre derechos educativos, reitera en más de una ocasión contenidos ya recogidos en los artículos 27 y 40.2, CE. No obstante, introduce elementos novedosos de cierto interés como la referencia a una “educación de calidad” (apartado 1), a la formación permanente (apartado 5) o al derecho de las personas con necesidades educativas especiales (apartado 7).

El artículo 22, EAC, en materia de derechos culturales, complementa en cierto modo el contenido del artículo 44.1, CE, al referirse al derecho de todas las personas “al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas”.

El artículo 23, EAC, sobre derechos en el ámbito de la salud amplía considerablemente el contenido del artículo 43, CE, incorporando al mismo numerosos derechos de información, participación y consulta. Así, hace mención al derecho de los usuarios de la sanidad pública “al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de médico o médica y de centro sanitario” (apartado 2) y al derecho de todas las personas “a ser informadas sobre servicios a los 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”.

El artículo 25, EAC, complementa el contenido de los artículos 28.1, 35, 40.2 y 41, CE y, en cierto modo, se puede decir que sistematiza la regulación de las relaciones laborales en Cataluña.

El artículo 26, EAC, busca reforzar la garantía del derecho reconocido en el artículo 47, CE, a través del mandato a los poderes públicos de establecer “un sistema de medidas que garantice este derecho con las condiciones que la ley determine”.

El artículo 27, EAC, concreta las consecuencias que pueden extraerse del artículo 45, CE, añadiendo un derecho que se ha desarrollado ampliamente en los últimos tiempos, el derecho a la información ambiental (apartado 3).

De manera parecida, el artículo 28 del EAC busca desplegar contenidos constitucionales, en este caso, del artículo 51 CE (defensa de consumidores y usuarios).

Como puede verse, el capítulo I singulariza las consecuencias de la cláusula del Estado social en Cataluña. Por otra parte, de acuerdo con el principio inclusivo que se manifiesta en el preámbulo, donde se alude al aseguramiento de “una calidad

de vida digna para todos los que viven y trabajan en Cataluña”, los derechos del capítulo I se predicen o bien de todas las personas o bien de los colectivos especialmente vulnerables a los que se pretende proteger. La única excepción es el primer apartado del artículo 15, EAC, y viene motivada, probablemente, por evitar la contradicción con el artículo 13, CE.

D. Las garantías de los derechos del ámbito civil y social en el EAC

La concepción unitaria de los derechos reconocidos en el EAC a la que nos hemos referido, aparece confirmada en su capítulo IV del título I, esto es, por medio de un sistema de garantías único que no considera la materia como criterio para modular la protección otorgada a los distintos derechos. Así, las garantías otorgadas por el capítulo IV se refieren por igual a los derechos del ámbito civil y social (capítulo I), a los derechos en el ámbito político y de la administración (capítulo II) y a los derechos y deberes lingüísticos (capítulo III).

En primer lugar, el artículo 37.1, EAC, dispone el inmediato carácter vinculante de los derechos estatutarios, que obligan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada

derecho, a los particulares. Este último aspecto es especialmente relevante en relación con los derechos sociales, que con frecuencia son percibidos como derechos que obligan de manera exclusiva a los poderes públicos. De acuerdo con la previsión estatutaria, en consecuencia, éstos deberán vincular también a los empleadores, en el ámbito laboral; a los arrendadores, en el ámbito de la vivienda; o a los prestadores privados de servicios sanitarios o educativos o de otros bienes de consumo. De todas formas, es cierto, en última instancia, la eficacia real de dicho vínculo dependerá de la interpretación que hagan los tribunales de la cláusula “de acuerdo con la naturaleza de cada derecho”.

En segundo término, el artículo 37.3, EAC, incorpora una reserva de ley autonómica que abarca la regulación esencial y el desarrollo directo de los derechos reconocidos en los capítulos I, II y III. Tal y modo sucede con las reservas del artículo 53.1 y 81, CE, no tendría sentido interpretar la reserva al legislador de la “regulación esencial” como una reducción de los derechos estatutarios a simples derechos de configuración legal, carentes de toda eficacia jurídica en ausencia de regulación parlamentaria.

Por un lado, dicha reserva sirve para impedir que los elementos esenciales de un derecho sean regulados por otras vías normativas diferentes de

la ley —carentes de la publicidad y del grado de discusión pública que ésta en principio encierra—, como los decretos-leyes (de acuerdo con lo dispone el artículo 64.1, EAC) o los reglamentos (artículo 68.1, EAC).

Por otra parte, se trata de una reserva material de ley referida a un derecho cuyo contenido viene predeterminado por el EAC. Con ello se impide que el legislador disponga libremente de la reserva delegando la atribución al ejecutivo (“deslegalización”) y también que en su regulación pueda llegar a desvirtuar o vaciar de contenido el derecho. El propio artículo 37.1 del EAC impide una interpretación de este tipo, al prever que “las disposiciones que dicten los poderes públicos de Cataluña deben respetar estos derechos y deben interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable a su plena efectividad”.

Entre las garantías institucionales de los derechos estatutarios, el EAC otorga un papel importante a la figura del *síndic de greuges*, el ombudsman autonómico para el caso catalán. Según el artículo 78.1, EAC, el *Síndic* tiene por función proteger y defender los derechos constitucionales y estatutarios. Para ello, puede supervisar la actividad de diferentes organismos públicos y privados así como de personas que dependan de ellos. El artículo 78.5 del EAC establece la obligación de

estas entidades y personas de cooperar con el *síndic* y prevé la regulación por ley de las sanciones y demás mecanismos dirigidos a garantizar el cumplimiento de esta obligación.

El artículo 38.1, EAC, prevé asimismo una garantía de tipo semi-jurisdiccional a cargo del *Consell de Garanties Estatutàries* (actual Consejo Consultivo). La idea es que el Consejo pueda realizar un control preventivo, a través de dictámenes vinculantes, de la adecuación objetiva a la CE y al EAC de los proyectos de ley y proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten derechos estatutarios (artículo 76.3, EAC).

La determinación concreta de los procedimientos relativos al ejercicio de estas funciones se encomienda a una ley del Parlamento (artículo 77, EAC). Teniendo en cuenta que el Consejo se configura como un órgano semi-jurisdiccional con funciones preventivas —y no como un legislador negativo que anula y expulsa normas jurídicas del ordenamiento— sería posible pensar en variantes de su control. Un ejemplo de ello sería el control objetivo de las omisiones antiestatutarias, especialmente relevante a la hora de garantizar la faceta prestacional de los derechos civiles, sociales, políticos y lingüísticos contemplados en el EAC.

En este sentido, nada impediría que frente a un supuesto de desatención grave e injustificada de los

derechos estatutarios por parte del legislador autonómico, determinados órganos con relevancia política, e incluso los propios ciudadanos, pudieran solicitar al Consejo de Garantías Estatutarias que se pronunciara respecto de la omisión en cuestión. En caso de estimar la petición, el Consejo podría emitir un dictamen en el que señalara el alcance de la vulneración, recomendará al Parlamento criterios para colmar la laguna existente y le indicará un plazo razonable para hacerlo. La Disposición Transitoria Primera del EAC, de hecho, prevé una intervención de este tipo para las leyes del Parlamento y las normas del gobierno con rango de ley que hubieran entrado en vigor con anterioridad al Estatuto y pudieran resultar incompatibles con los derechos del título I.¹⁴

Más allá de la efectividad jurídica de estos dictámenes, se trata de vías de control llamadas a desempeñar un papel importante como impulso de un debate público activo e informado en torno a la actuación de los poderes públicos, aspecto central para la vitalidad de una sociedad democrática.

¹⁴ Concretamente, se prevé que mantendrán su vigencia por un plazo máximo de dos años, en el que deberán ser adaptadas a las nuevas disposiciones estatutarias. En ese tiempo, el Consejo podrá emitir dictámenes no vinculantes sobre su compatibilidad con el estatuto y, en su caso, emitir recomendaciones al Parlamento para que las modifique o derogue.

Finalmente, junto a esta garantía semi-jurisdiccional objetiva, el artículo 38.2 del EAC prevé una garantía jurisdiccional especial, de carácter subjetivo, consistente en un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Hay que decir que la propuesta de reforma estatutaria aprobada por el *Parlament de Catalunya* iba más allá al incluir un “recurso directo ante una sala de garantías estatutarias del Tribunal Superior de Justicia de *Catalunya*, en los términos y por medio del procedimiento que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Finalmente, tras las enmiendas introducidas en el trámite de aprobación en sede de Cortes Generales, se optó por no precisar la existencia de un recurso “directo” ni de sala especial alguna.

En su configuración definitiva, la concreción de este recurso queda supeditada a “lo que establezcan las leyes”, comenzando, obviamente, por la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya aprobación corresponde en exclusiva a las Cortes Generales. En este caso, la necesaria remisión a la ley que deriva de la imposibilidad de establecer el régimen jurídico completo de un derecho en el Estatuto, viene reforzada por el principio de unidad jurisdiccional del artículo 117.5, CE, y la competencia atribuida al Estado en materia de administración de justicia (artículo 149.1.5, CE) y legislación procesal (artículo 149.1.6, CE), que impiden que el esta-

tuto pueda concretar las garantías jurisdiccionales asociadas a los derechos que él mismo reconoce. A pesar de estos límites, es evidente que los derechos consagrados en el título I y, particularmente, en su capítulo I informarán la práctica de los órganos judiciales. Eventualmente, podrían invocarse incluso ante el Tribunal Constitucional, mediante recurso de amparo, en “conexión” con alguno de los derechos que dan acceso a dicho procedimiento.

E. *Los principios rectores*

El informe presentado por el *Institut d'Estudis Autònoms* ante el *Parlament de Catalunya* en julio de 2003, se refería, por primera vez en el proceso de reforma (iniciado en noviembre de 2000), a la posibilidad de que el futuro EAC incluyera principios rectores de la acción política “con el objetivo de orientar el ejercicio de las competencias de las competencias de la *Generalitat*”.¹⁵

Como hemos visto, los derechos, independientemente de su contenido material, son tratados, tanto desde el punto de vista sistemático como desde el punto de vista de las garantías, como tales y de manera separada y unitaria, mientras que los prin-

¹⁵ Véase *Institut D'estudis Autònoms, Informe EAC, 2006*, p. 187.

principios rectores poseen una naturaleza autónoma y, mejorando así notablemente la sistemática del capítulo III del título I de la CE, no incluyen ningún derecho.

Sin embargo, la distinción entre derechos y principios rectores consagrada por el EAC, no implica que se trate de instituciones jurídicas mutuamente aisladas. La realidad es más bien la contraria: derechos y principios pueden considerarse dos caras de una misma moneda, de manera que todos los derechos, civiles, sociales, políticos o culturales, podrían articularse, al mismo tiempo, como derechos subjetivos, exigibles frente al poder, y como principios o mandatos objetivos, que imponen obligaciones al poder.

La sistemática escogida por el EAC contribuye a aclarar esta cuestión y a constatar la doble naturaleza de los derechos. El capítulo V no se dedica, como en la CE, a los principios rectores sólo de “la política económica y social” sino de todas las políticas públicas que la *Generalitat* puede desarrollar en ejercicio de sus competencias. Así, se contemplan principios rectores o mandatos en materia de género (artículo 41, EAC), de cohesión y bienestar social (artículo 42, EAC), de participación (artículo 43, EAC), de educación, investigación y cultura (artículo 44, EAC), de cuestiones socioeconómicas (artículo 45, EAC), de medio ambiente, de-

sarrollo sostenible y equilibrio territorial (artículo 46, EAC), de vivienda (artículo 47, EAC), de movilidad y seguridad viaria (artículo 48, EAC), de protección de los consumidores y usuarios (artículo 49, EAC), de fomento y difusión del catalán (artículo 50, EAC), de cooperación al fomento de la paz y de cooperación al desarrollo (artículo 51, EAC), de medios de comunicación social (artículo 52, EAC), de acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación (artículo 53, EAC) y de memoria histórica (artículo 54, EAC).

En muchos supuestos, los principios rectores reproducen casi literalmente el contenido de derechos ya consagrados en el título I. En la mayoría de los casos, esta repetición no responde tanto a una deficiencia técnica como a una clara voluntad de poner de manifiesto el doble aspecto, subjetivo y objetivo, bajo el que puede presentarse un mismo derecho. El artículo 19.2, EAC, por ejemplo, establece el derecho de las mujeres a participar en condiciones de igualdad de oportunidad con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados. El artículo 41.2, EAC, traslada este mismo derecho a la forma de un mandato objetivo: “Los poderes públicos deben garantizar la transversalidad en la incorporación de la perspectiva de género y de las mujeres en todas las políticas públicas para conseguir la igualdad efectiva y la paridad entre mujeres y hombres”.

A veces, la coincidencia entre la formulación del derecho subjetivo y la del principio rector o mandato objetivo es casi absoluta. En ocasiones, en cambio, no coinciden plenamente. Bastará con referirse a tres ejemplos de ámbitos tan distintos como la vivienda, la participación o el consumo. El artículo 26 del EAC estipula que “las personas que no disponen de recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deberán establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho”. El artículo 47, EAC, por su parte, sostiene que “los poderes públicos deberán facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con una atención especial a los jóvenes y a los colectivos más necesitados”. El artículo 29.4 del EAC establece que “los ciudadanos de Cataluña tienen derecho a participar, directamente o por medio de entidades asociativas, en el proceso de elaboración de las leyes del Parlamento, mediante los procedimientos que establezca el Reglamento del Parlamento”. El artículo 43.2, EAC, por su lado, estipula que “los poderes públicos deben facilitar la participación y representación ciudadanas y políticas, con especial atención a las zonas menos pobladas del territorio”. El artículo 28.1, EAC, prevé que las personas, en su condición de consumidores

y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho a la protección de su salud y seguridad. El artículo 49, EAC, establece un mandato casi exacto: “Los poderes públicos deben garantizar la protección de la salud, la seguridad y la defensa de los derechos y de los intereses legítimos de los consumidores y usuarios”.

Los principios rectores, en otras palabras, establecen mandatos objetivos que delimitan la responsabilidad de los poderes públicos: lo que éstos no pueden hacer y lo que no deben dejar de hacer para asegurar la efectividad de los derechos. Según el artículo 39.2, EAC, la actuación legislativa, administrativa y judicial deberá “reconocer”, “proteger” y “respetar” los principios rectores. Esto significa que la adecuación de las políticas públicas a estos principios rectores pasa a convertirse en parámetro para determinar la “razonabilidad” de las mismas. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 42.3, EAC que, recogiendo un criterio reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, establece un “deber de prioridad” de los colectivos más vulnerables.¹⁶ Una política pública que no otorgara respuestas adecuadas, de corto, mediano

¹⁶ Según el artículo 42.3 EAC, “los poderes públicos deben velar por la dignidad, la seguridad y la protección integral de las personas, especialmente de las más vulnerables”.

y largo plazo, a estos colectivos, difícilmente podría superar el test de razonabilidad que los principios rectores imponen.

Finalmente, el artículo 39.3, EAC, dispone que los principios rectores son exigibles ante la jurisdicción de acuerdo a lo que determinen las leyes y las otras disposiciones que los desarrollen. La influencia del artículo 53.3 de la CE en este enunciado resulta inconfundible.

Como señala Pisarello,¹⁷ con frecuencia, este tipo de normas se interpretan como una constatación del carácter jurídicamente devaluado de los principios en relación con los derechos subjetivos. No obstante, esta lectura restrictiva no sería la única posible. Los principios rectores son mandatos objetivos dirigidos al legislador y desempeñan una triple función jurídica. Esta característica se complementa con el papel otorgado en los diferentes estatutos a los llamados principios rectores de las políticas públicas. Como es sabido, los principios rectores desempeñan al menos una triple función jurídica. La primera es habilitar políticas públicas que de otro modo podrían resultar prohibidas (función habilitante). La segunda es establecer límites negativos que dichas políticas no pueden vulnerar

¹⁷ Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 84.

(función condicionante). La tercera es actuar como mandatos de optimización que deben ser desarrollados de manera progresiva, en función de los recursos jurídicos y fácticos disponibles (función de optimización).

3. *La constitucionalidad de las declaraciones estatutarias de derechos, deberes y principios*

Una vez hecho un repaso del listado y de las garantías de derechos, deberes y principios contenidos en el EAC, llega el momento de abordar las dos principales objeciones planteadas por parte de la doctrina.

Comenzando por la cuestión de la constitucionalidad, uno de los temas que se plantean es si el artículo 147.2 de la CE admite el reconocimiento de derechos entre las materias propias de los estatutos de autonomía. Como se ha dicho ya, una respuesta negativa resultaría contradictoria con la presencia de este tipo de cláusulas en los estatutos hasta ahora vigentes. Por tanto, de lo que se trata, fundamentalmente, es de discutir si los Estatutos pueden incorporar declaraciones más o menos sistemáticas de derechos y deberes.

Como se sabe, existe acuerdo en señalar que las materias recogidas en el artículo 147.2, CE, constituyen el contenido necesario de los Estatutos de Autonomía. La cuestión discutible, según algunos,

es si los Estatutos admiten un contenido más amplio. Esta posibilidad ha sido reconocida por parte de la doctrina para materias concretas, diferentes de las estipuladas en el artículo 147.2, pero recogidas en la CE. Así, por ejemplo, en relación con la designación de senadores autonómicos (artículo 145, CE) o con la colaboración en la recaudación de tributos estatales (artículo 156.2, CE). Incluso sin existir una previsión explícita constitucional, es de suponer que tampoco se pondrían excesivas objeciones a que los Estatutos, en su caso, llegaran a recoger el procedimiento de designación de los candidatos propios a formar parte del Tribunal Constitucional a decisión del Senado. Recordemos que tras la reciente reforma del artículo 16.1 de la LOTC, dichos magistrados serán propuestos por el Senado “entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”.

La cuestión más relevante es si ese ámbito “posible” de materias susceptibles de regulación estatutaria se extiende al reconocimiento más o menos sistemático de derechos, deberes y principios. Según algunas posiciones críticas, como la de L. M. Díez Picazo,¹⁸ la respuesta sería negativa, ya que existiría

¹⁸ Díez Picazo, L. M., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 63-75.

una “reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales”. Para Díez Picazo, esta “reserva” se justificaría en dos argumentos de fondo. El primero es que el legislador orgánico que participa en la aprobación de las reformas estatutarias —las Cortes Generales— no podría ser un “legislador esquizofrénico” o “abúlico” dispuesto a admitir que se puedan reconocer ciertos derechos a unos españoles y ciertos derechos a otros. El segundo es que las normas estatutarias declarativas de derechos supondrían un límite no autorizado impuesto al legislador autonómico, que estrecharía el terreno del proceso político democrático. Y esto, según Díez Picazo, sería “lo mismo que privar a los ciudadanos por vía estatutaria de algo que tenían por vía constitucional”.

El argumento del “legislador esquizofrénico” es refutado en parte por el propio Díez Picazo, quien reconoce que la Constitución “lejos de contemplar el uniformismo... deja un notable margen para diseñar y regular las instituciones autonómicas de maneras diferentes”. Esta diversidad, en realidad, es un producto natural del propio principio dispositivo que ha regido, hasta el momento, el desarrollo del Estado autonómico. Este principio se ha traducido no sólo en instituciones singulares, sino también en reclamos competenciales diferenciados, así como en políticas públicas diversas.

En este contexto, si los legisladores autonómicos pueden desarrollar políticas públicas diversas, nada impediría que los legisladores estatuyentes puedan introducir límites y vínculos específicos que condicionen el ejercicio de esas políticas al respeto de ciertos derechos civiles, políticos, sociales, culturales o ambientales básicos.

Es verdad, como sugiere Díez Picazo a propósito del caso de los Estados Unidos, que esta pluralidad de estándares supone la introducción de mayor complejidad en el ordenamiento e incluso la irrupción de conflictos interpretativos puntuales. Pero esta mayor complejidad es inevitable en cualquier sistema que acepte tomarse en serio el pluralismo territorial, así como la dimensión federal o autonómica del principio democrático.

Es más, en un caso como el español, y teniendo en cuenta lo que se ha convertido en una tendencia dominante en la mayoría de estatutos de Autonomía, se trata de un “problema” —para utilizar la terminología del propio Díez Picazo— desde luego menor que el que supondría negar estar posibilidad en nombre de la unidad o la igualdad. En este sentido, no puede olvidarse que la presencia constitucional del principio dispositivo se pensó, sobre todo, para dar una salida razonable a los casos vasco y catalán. El ejercicio diferenciado del poder autonómico y, en última instancia, el pluralismo y

la flexibilidad constitucional en materia territorial, eran una consecuencia obligada del modelo. Además, ciertamente, de una de las claves de su posible viabilidad.¹⁹

Es evidente que las Constituciones de los estados en el marco de un Estado federal o los estatutos de autonomía, en un Estado compuesto como el español, no garantizan de manera automática un mayor nivel de protección de los derechos. Sin embargo, tampoco parece que se pueda afirmar que esa mayor protección quede mejor asegurada necesariamente por la determinación de una fuente única y centralizada de reconocimiento y tutela de derechos.

De lo que se trata, por tanto, es de admitir la proyección del principio dispositivo no sólo a la definición de instituciones o competencias singulares, sino al establecimiento de derechos que, como los propios estatutos se encargan de aclarar, no podrán desarrollarse, aplicarse o interpretarse de manera que reduzcan o limiten los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España.²⁰

¹⁹ En un sentido similar, Albertí, E. “Las reformas territoriales en Alemania y España y la sostenibilidad del paradigma autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 35 y ss.

²⁰ Así, por ejemplo, en el artículo 37.4 del Estatuto catalán o el artículo 13 del Estatuto andaluz.

Un segundo argumento utilizado por Díez Picazo es que un reconocimiento amplio de derechos supondría un límite inadmisibles en el proceso político democrático que “privaría a los ciudadanos por vía estatutaria de algo que tendrían por vía constitucional”. Este punto de vista, compartido por otros autores como V. Ferreres,²¹ refleja, como se intentará explicar, una comprensión discutible tanto de los derechos como del principio democrático en el constitucionalismo moderno.

En primer lugar, la presencia de los derechos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos pretende recordar, precisamente, que el ejercicio de cualquier forma de poder entraña una posibilidad de arbitrariedad que debe ser limitada y controlada. En aquellos ordenamientos que, como el español, consagran, además del principio democrático, el principio social y el principio del Estado de derecho, se asume que esas actuaciones arbitrarias pueden provenir tanto de los poderes públicos como de los particulares. Este riesgo de arbitrariedad aumenta en la medida en que se dispone de mayores competencias normativas para incidir en la esfera de actuación de los ciudadanos y de las personas en

²¹ Ferreres, V., “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en Ferreres, V. *et al.*, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, CPC, 2006, pp. 9-37.

general. Cuesta aceptar, por tanto, que la ampliación, respecto de las previsiones constitucionales, de derechos civiles, políticos y sociales básicos, cualquiera sea la escala en la que se produzca, “prive” de protección a las personas. Al contrario, refuerza su autonomía frente al propio poder —central o autonómico, legislativo o ejecutivo, público o privado— que no puede disponer de ella ni por acción ni por omisión, pues de lo contrario pondría en riesgo, precisamente, las precondiciones del propio proceso democrático.

En segundo lugar, tampoco puede aceptarse la lectura según la cual la limitación del legislador autonómico por parte del legislador estatuyente autonómico y estatal sería una operación “antidemocrática” tanto en la forma como en el fondo.

No lo es en la forma, en la medida en que la decisión de reconocer derechos, y con ello, límites y vínculos al legislador autonómico ordinario, es una decisión democráticamente asumida por el poder estatuyente. Un poder estatuyente que no sólo comprende a los parlamentos autonómicos, sino también a las Cortes Generales y, en algunos casos, al propio cuerpo electoral de las comunidades autónomas. Cuestionar, por tanto, el carácter formalmente democrático de esta decisión sería tan inconsistente como sostener que la ampliación por parte del poder constituyente (constituido) del con-

tenido de los actuales derechos constitucionales, limitando al legislador ordinario, comportaría una restricción ilegítima al principio democrático.

De manera parecida, existen varias razones para discutir la calificación de las declaraciones estatutarias de derechos como materialmente anti-democráticas. En primer lugar, porque además de consistir en prohibiciones y en mandatos de actuación, los derechos y principios actúan también como habilitaciones al legislador. Es decir, como apoyo normativo para actuaciones, por ejemplo, en materias sociales, económicas o culturales, que de otro modo podrían entrar en conflicto con otros derechos o bienes jurídicos. Es en este sentido, precisamente, que se ha podido hablar de los derechos y los principios como “límites habilitantes”.

En segundo lugar, la mayoría de derechos reconocidos en las reformas estatutarias son derechos civiles, sociales y de participación que, lejos de estrechar el proceso democrático, lo consolidan, incluso frente al legislador ordinario. En efecto, salvo que se identifique el proceso democrático con la posibilidad de actuación ilimitada del legislador ordinario, no se ve por qué la ampliación de la autonomía formal y material de los ciudadanos debería verse como una restricción al mismo. En buena medida, las reformas estatutarias más ambiciosas se ocupan de ampliar las previsiones constituciona-

les en materia de participación política,²² procuran asegurar un acceso informado y no discriminatorio a las políticas públicas autonómicas o fortalecer la autonomía de los colectivos o personas más vulnerables. Así se deriva con claridad de preceptos como el recogido en el artículo 28.2 del Estatuto catalán, en virtud del cual “Los consumidores y usuarios tienen derecho a ser informados y a participar, directamente o por medio de sus representantes, con relación a las administraciones públicas de *Catalunya*, en los términos que establecen las leyes”. O el contenido en el artículo 27.3: “todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de la que dispongan los poderes públicos. El derecho de información sólo puede ser limitado por motivos de orden público justificados, en los términos que establecen las leyes”.

Se trata, por tanto, de actualizar un principio consolidado en el constitucionalismo moderno según el cual la introducción de límites y vínculos al poder es una condición medular para la ampliación de la libertad personal y colectiva.

²² Por lo que respecta al Estatuto catalán, es el caso del artículo 29, que recoge el derecho a promover la convocatoria de consultas populares y el derecho a participar, directamente o por medio de entidades asociativas, en el proceso de elaboración de las leyes del Parlamento.

Contempladas así las cosas, la previsión de una declaración sistemática de derechos, deberes y principios no sólo podría defenderse como contenido posible de los estatutos de autonomía. También podría considerarse un contenido conveniente, e incluso necesario, ligado al aumento de la capacidad normativa de los poderes públicos autonómicos y, sobre todo, a una coherente proyección del principio del Estado social y democrático de derecho en ese ámbito.

En definitiva, como apuntan Aparicio y Barceló, el principio autonómico no sólo posibilita a las comunidades autónomas la creación de un ordenamiento jurídico propio para regular su singular proceso político. También les permite condicionar sus políticas a la persecución de objetivos comunes y al respeto de posiciones jurídicas subjetivas de sus ciudadanos y habitantes.²³

Dicho esto, quedaría por analizar el resto de objeciones a la constitucionalidad de las declaraciones de derechos estatutarias, referidas, la mayoría de ellas, a su compatibilidad con los artículos 81, 139.1 y 149.1.1, CE.

El artículo 81, CE, establece una reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos funda-

²³ Aparicio Pérez, M. A. y Barceló, M., “Los derechos públicos estatutarios”, versión provisional facilitada por los autores.

mentales y libertades. Una primera cuestión que podría plantearse, por tanto, es la pertinencia de que el propio estatuto de autonomía fuera una de esas leyes orgánicas autorizadas para dicho desarrollo.

Ahora bien, la reserva de ley orgánica constituye una excepción al principio democrático de mayoría simple en la aprobación de las leyes. Por ello, el Tribunal Constitucional ha entendido que dicha reserva debe interpretarse de manera restrictiva. En efecto: con claridad el Tribunal Constitucional ha considerado que los derechos y libertades fundamentales aludidos por el artículo 81 serían sólo los comprendidos entre los artículos 15 y 29, es decir, los de la sección 1a. del capítulo II del título I. Por otra parte, esa reserva no abarcaría cualquier regulación de los mismos sino sólo aquellas referidas al desarrollo directo de su contenido, o bien a aquellas que, sin desarrollarlos de manera sistemática, incidieran sobre “aspectos consustanciales” de los mismos.

La posición de los estatutos de autonomía en esta reflexión es compleja. Los estatutos son leyes orgánicas “especiales” que rigen en sus respectivas comunidades autónomas y que no pueden reformarse con el concurso unilateral del legislador estatal o del legislador autonómico. Tanto por su alcance territorial como por su procedimiento de reforma, no podrían identificarse sin más con las leyes orgánicas “generales” a las que el artículo 81

encomienda el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales.

A resultas de ello, habría que defender que los estatutos no pueden emprender el desarrollo directo de los “aspectos consustanciales” de los derechos comprendidos entre los artículos 15 y 29 de la CE. Pero, a cambio, debería reconocerse que nada les impide asumir aquellos desarrollos que “afecten a elementos no necesarios, sin incidir sobre el ámbito y los límites” del derecho en cuestión (sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991).

Es por esto, precisamente, que resulta lógico que algunas reformas estatutarias hayan recogido, en el ámbito de sus competencias, aspectos ligados a ciertos derechos civiles de la sección I, sobre todo cuando las comunidades autónomas concernidas gozan de legislación civil propia o cuando estas regulaciones entran en contacto con el desarrollo de otros derechos contenidos en los capítulos II y III del título I. Éste sería el caso, por ejemplo, de derechos recogidos en la reformas catalana o andaluza, como el derecho a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte y a declarar la voluntad vital anticipada, del derecho de información y de consulta en materia de políticas públicas, del derecho a la intimidad en cuestiones sanitarias, del derecho a la justicia gratuita o del derecho a un trato administrativo imparcial y objetivo.

Así las cosas, aunque los nuevos estatutos se dedican, ante todo, a especificar el contenido de los derechos sociales consagrados en el capítulo III del título I de la CE, también regulan el contenido de derechos civiles y de participación recogidos en el capítulo II. De ese modo, como se insistirá luego, muchos contenidos de derechos considerados disponibles (en el sentido de no necesarios, básicos o sustanciales) por el legislador constituyente pasarían, por obra del legislador estatuyente, a convertirse en contenidos rígidos y, en ese sentido, indisponibles, en el ámbito autonómico.

Los obstáculos que podrían derivarse del artículo 81, CE, quedarían pues superados a partir del principio de articulación complementaria entre la regulación estatal de los derechos y las regulaciones autonómicas.

Las dificultades que plantean los artículos 139.1 y 149.1.1, CE, no son mayores. La interpretación consolidada del artículo 139.1, al igual que la de la del artículo 138. 2 de la CE, ha concebido este precepto como un mandato que prohíbe a los legisladores autonómicos discriminar entre los españoles, estableciendo privilegios económicos o sociales. Sin embargo, este mandato de no discriminación no podría invocarse para justificar una “rígida y monolítica uniformidad” en materia de derechos. Por el contrario, estaría destinado a operar dentro

de cada ordenamiento autonómico, no impidiendo la existencia de posiciones jurídicas diferenciadas, siempre que éstas se ejerzan en el ámbito de las propias competencias y que respeten el contenido constitucional de los derechos en cuestión.²⁴

En el caso del artículo 149.1.1, CE, por su parte, operarían criterios similares a los ya expuestos para el supuesto del artículo 81 de la CE. Los estatutos de autonomía no podrían suprimir o restringir la posibilidad de que el Estado central dictara legislación básica para asegurar la igualdad de todos los españoles “en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Sin embargo, como bien han apuntado Aparicio y Barceló, el artículo 149.1.1 no podría invocarse “*a priori*” para juzgar la constitucionalidad de las disposiciones estatutarias. Antes de impugnar el carácter supuestamente discriminatorio de una actuación autonómica, sería necesario verificar si la actuación “niveladora” del Estado central posee cobertura constitucional. La igualdad de derechos, por otro lado, sería un límite a la regulación estatutaria, pero un límite que sólo podría afectar a las “condiciones básicas de ejercicio”.²⁵

²⁴ Sobre esta interpretación del artículo 139.1 de la CE, véase Cabellos, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 7-88.

²⁵ Aparicio Pérez, M. A. y Barceló, M., *op. cit.*, nota 23.

En realidad, el reparto de funciones normativas, y por tanto, la eventual distinción en materia de derechos entre contenidos básicos y no básicos, mínimos y máximos, esenciales y accidentales o suplementarios, es un rasgo inherente a los Estados compuestos, políticamente descentralizados.

Este doble nivel de reconocimiento, ciertamente, encuentra su acomodo natural en los Estados federales, y el español no lo es. Pero nada impide sostener, como se ha visto, su legitimidad constitucional en Estados compuestos no federales, como el Estado regional italiano o como el propio Estado de las autonomías generado a partir de la CE de 1978. Los estatutos de autonomía, en efecto, no son Constituciones en sentido estricto. Pero como normas institucionales básicas de las comunidades autónomas ostentan una naturaleza cuasi-constitucional que las convierte, junto a la propia CE, en elemento insoslayable de la Constitución territorial del Estado. Esa naturaleza brinda una cobertura constitucional más que suficiente a la posibilidad de que las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, especifiquen e incluso amplíen, aunque sin contradecir, los derechos, deberes y principios contemplados en la CE.

De hecho, esto es lo que las comunidades autónomas han venido haciendo en el plano legal e infralegal, en ejercicio de sus competencias. La

única diferencia radicaría en que esta vez, la decisión de regular derechos, de manera complementaria a la regulación constitucional se realiza con una norma de naturaleza distinta, el estatuto de autonomía, con consecuencias respecto del margen de actuación del legislador autonómico. Se trata, en definitiva, de una opción del poder estatuyente que no interfiere en las relaciones entre la comunidad autónoma y los poderes legislativo y ejecutivo centrales, aunque exigiría, eso sí, que el Tribunal Constitucional incorpore tales previsiones como parámetro de constitucionalidad (como normas del bloque constitucional) respecto de las normas de la comunidad autónoma de que se trate.

Cuestión diferente, como se verá, es la oportunidad política de dicha inclusión y las características técnico-jurídicas que pueda revestir.

4. Oportunidad política y aportaciones técnico-jurídicas de las declaraciones estatutarias de derechos

Como se ha visto hasta ahora, una parte de los críticos a la inclusión de derechos en los estatutos de autonomía ha insistido, bien en que ésta vulnera el principio de reserva de Constitución en la materia, bien el principio de igualdad. En ambos casos,

la objeción dirigida a las reformas estatutarias sería una de inconstitucionalidad.

Existe, sin embargo, un segundo tipo de crítica, sólo parcialmente coincidente con la primera, que aun admitiendo la constitucionalidad de la medida, cuestiona su oportunidad en términos políticos así como su calidad técnica. Estas críticas, dirigidas sobre todo al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, han girado en torno a tres argumentos: *a)* el de la restricción que las declaraciones estatutarias de derechos supondrían para el autogobierno autonómico; *b)* el de su carácter intervencionista y parcial desde el punto de vista ideológico; *c)* y el de su carácter en exceso retórico y desvinculado de garantías efectivas.

a) Según el primero de los argumentos, los órganos de una comunidad autónoma que decidieran incorporar un listado de derechos en su estatuto no se estarían dotando “libremente” de una carta, puesto que su aprobación, primero, y su eventual reforma, más tarde, dependerían de la voluntad del legislador orgánico estatal, que debe prestar su acuerdo para que éstas se consumen.

Este punto de vista, defendido por autores como el ya mencionado V. Ferreres, fue de hecho esgrimido por el partido político de ámbito catalán *Convergencia i Unió* (CiU) en el debate sobre la

reforma del Estatuto catalán. En opinión de los representantes de CiU, la reforma estatutaria debía centrarse en cuestiones como la definición de la identidad nacional, las competencias o la financiación. Pero debía remitir el reconocimiento de derechos a una carta específica aprobada por el Parlamento de Cataluña.

Se pretendía seguir, en este punto, el criterio establecido en la propuesta de reforma del Estatuto de la Comunidad Autónoma Vasca de 2003, conocida como llamado “Plan Ibarretxe”. El artículo 11 de dicho texto reconocía a los ciudadanos y ciudadanas vascos los derechos reconocidos en la CE y otros tratados internacionales. El artículo 10, por su parte, encomendaba al Parlamento Vasco el desarrollo por ley de una Carta de Derechos y Deberes Civiles y Políticos de la ciudadanía vasca.

El argumento es, ciertamente, atendible. De hecho, nada impide que los derechos, deberes y principios autonómicos sean incluidos en normas infra-estatutarias dotadas, a su vez, de especial rigidez frente al propio legislador autonómico. De hecho, el Estatuto de Autonomía de Cataluña acaba adoptando una solución intermedia: estipula un listado extenso de derechos, deberes y principios en el ámbito civil, social, político y lingüístico, y prevé la aprobación por ley del Parlamento de una

carta que los complete o que establezca nuevos derechos (artículo 37.2). Esta carta, en todo caso, deberá aprobarse mediante una “ley de desarrollo básico del Estatuto” (artículo 62.2), que exige el voto favorable de la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto.

Pero lo relevante es que existe un listado propio en el EAC que deriva de un pacto; mismo que configura al estatuto de autonomía como límite no sólo a la libre disposición del mismo por parte del legislador autonómico sino también del legislador estatal, al menos en tanto que actúe como legislador estatuyente.

Así, cuando una comunidad autónoma recoge una determinada definición de su identidad o especifica las competencias que asume, no sólo se “autolimita” de cara al futuro, sino que limita al propio legislador estatal, que se ve obligado a respetar esa decisión. Lo mismo puede decirse en relación con las declaraciones de derechos y deberes autonómicos. Una vez incorporadas a los estatutos pasarían a integrar también el bloque constitucional, conformado por el texto constitucional y los estatutos de autonomía. De este modo, el autogobierno, tanto en términos simbólicos como jurídicos, quedaría reforzado como un todo.

La noción de “bloque constitucional”²⁶ se diferenciaría del “bloque de constitucionalidad”. Esta última expresión, como se sabe, está pensada sobre todo para resolver los conflictos de competencia derivados del carácter abierto del modelo autonómico. Por ello, a primera vista, no incluiría las declaraciones estatutarias de derechos. Ahora bien, el propio artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reconoce que el bloque de constitucionalidad comprendería no sólo las normas dictadas “para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas”, sino también aquellas destinadas a “regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”. Las declaraciones estatutarias de derechos bien podrían considerarse incluidas en este último supuesto: el de nuevas normas que “regulan” el ejercicio de competencias autonómicas y que, por lo tanto, irradian cuando menos un valor normativo indirecto sobre el conjunto del ordenamiento estatal.

Otra cosa sería zanjar el problema interpretativo por la vía de una reforma constitucional que cancelara el principio dispositivo y convirtiera a los estatutos en auténticas Constituciones de las comunidades autónomas, como ocurre en cualquier

²⁶ Véase Aragón, M., “El modelo territorial del Estado en España y sus problemas actuales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999.

ordenamiento federal. Pero esta opción va más allá del análisis normativo que pretende este trabajo.

b) Una segunda objeción dirigida a las declaraciones de derechos incorporados a los estatutos apunta a su carácter parcial e intervencionista desde el punto de vista ideológico. En rigor, esta crítica se ha dirigido sobre todo a la reforma del Estatuto catalán. No ha adquirido igual virulencia, en cambio, tratándose de otras reformas, como la andaluza, con un contenido similar.

El argumento del carácter ideológicamente parcial de los derechos estatutarios se dirige fundamentalmente a aquellos derechos que tienen que ver con cuestiones como el testamento vital, el papel de la religión en la esfera pública, la presencia de ambos sexos en los cargos públicos, la posibilidad de diversas formas de familia, el uso de la lengua o los derechos sociales.

Según este punto de vista, las declaraciones que recogen derechos de este tipo no serían la expresión de un “consenso” capaz de resistir el paso del tiempo e integrar a las diferentes fuerzas políticas con posibilidades de acceder al gobierno. Más bien, estarían marcadas por el carácter de centro-izquierda de los partidos que le otorgaron su voto durante su tramitación parlamentaria.

Ahora bien, no hay que olvidar que todos los textos constitucionales o las leyes básicas de una

sociedad son el producto de un contexto histórico y de una determinada correlación de fuerzas políticas y sociales. Desde este punto de vista, es falso que existan textos “neutros” o ideológicamente “imparciales”. Es más: no sólo las menciones expresas, sino también las omisiones en materia de derechos son, con frecuencia, el reflejo de opciones políticas concretas y de concretas mancebas de entender el principio democrático, el principio social o el principio del Estado de derecho.

Por otro lado, no puede negarse que buena parte de los derechos y principios incorporados en los estatutos de autonomía constituye cualquier cosa menos una rareza en el panorama del derecho comparado. Se puede estar de acuerdo o no con su contenido, pero en su mayoría refleja tanto expectativas y mandatos reconocidos en sede legislativa ordinaria, estatal o autonómica, como estándares de protección recogidos en algunos de los textos más avanzados del constitucionalismo moderno, del derecho europeo o del derecho internacional.

Es el caso, por ejemplo, de la introducción de criterios de “paridad” como medio para asegurar que las mujeres participen en igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados. Pese a las críticas que una parte de la doctrina ha dirigido contra este tipo de medi-

das,²⁷ lo cierto es que se trata de una opción prevista por el propio Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificado por el Estado español, así como en diferentes directivas europeas.²⁸

Algo similar puede decirse en materia de derechos sociales. En realidad, puede decirse que su inclusión en los estatutos de autonomía es más lógica que su ausencia o que la inclusión privilegiada, como ocurre en el ámbito de la Unión Europea, de libertades de mercado que suponen una clara “intervención” en los márgenes de actuación de los poderes públicos estatales.

En realidad, y contra lo que sostienen los críticos, resulta cuando menos discutible que la presencia de prohibiciones o de mandatos positivos en materia de políticas públicas cancele de manera ilegítima el carácter “abierto” que debería revestir todo texto institucional básico con pretensiones pluralistas. Por el contrario, cuando esas prohibiciones y mandatos tienden a reforzar derechos civiles, sociales y de participación de las personas, lo que hacen es impedir que los poderes públicos

²⁷ Así, por ejemplo, Ferreres, V., *op. cit.*, nota 21, pp. 27 y ss.

²⁸ Directiva 2002/73/CE (de reforma de la Directiva 76/207/CEE) y Directiva 2004/113/CE, traspuestas, de hecho, por normativa de ámbito estatal como la reciente LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

puedan, de manera arbitraria, por acción u omisión, “cerrar” o “erosionar” el proceso político, debilitando la autonomía formal y material de quienes participan en él. Dicho de otro modo: no hay contradicción teórica entre derechos y democracia, o entre derechos y apertura del proceso político, cuando lo que se recogen son derechos que tienden a reforzar la capacidad de actuación de los participantes en dicho proceso.

En el caso específico del ordenamiento español, la incorporación de derechos sociales y de participación en los estatutos de autonomía va más allá de ser una simple opción ideológica. Constituye además una proyección legítima e incluso necesaria al ámbito autonómico tanto de la idea de “democracia avanzada” contenida en el preámbulo de la Constitución española, como del principio del Estado social.

Pensar que en estas materias debería regir la absoluta libertad de configuración del legislador, equivaldría a desandar buena parte del recorrido efectuado por una de las conquistas centrales del constitucionalismo moderno. Las tesis sobre el carácter abierto y procedimental de las Constituciones democráticas no pueden dejar de lado que la ampliación de los derechos civiles, políticos y sociales es una precondition material imprescindible

para que la participación sea verdaderamente equitativa y plural.

No parece reprochable, en definitiva, que el legislador estatuyente, de acuerdo con su propio ámbito competencial, decida incorporar a los estatutos estándares de tutela más exigentes en materia de derechos civiles, políticos y sociales. Por otra parte, la supuesta “irreversibilidad” de esta decisión tampoco debe exagerarse, pues, pese a las dificultades que las reformas estatutarias comportan, no se llega, en ningún caso, a un texto intangible que “ate” de manera irremisible a las “generaciones futuras”, como se ha llegado a denunciar.

c) Una tercera y última objeción, vinculada en parte a la referida a la parcialidad ideológica, es la que señala el carácter excesivamente “retórico” y “prolijo” de los derechos y principios consagrados en los estatutos de autonomía, así como la correlativa ausencia de garantías suficientes de los mismos. Según este punto de vista, el listado de derechos correría el riesgo de convertirse en un simple espejismo, condenado a devaluar el alcance normativo de los Estatutos y a despertar falsas expectativas entre la ciudadanía.²⁹ En parte, cabe señalar, esta-

²⁹ Con relación al Estatuto de Autonomía de Cataluña, véase, por ejemplo, Biglino P., “Los espejismos de la tabla de derechos”, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña*, Madrid, CPC, 2006, pp. 39 y ss.

mos ante un argumento admisible, aunque susceptible de algunas puntualizaciones.

En primer lugar, debe decirse que las Constituciones o las normas institucionales básicas de una comunidad, como es el caso de los estatutos de autonomía, encierran una paradoja. Por su pretensión de operar como leyes “fundamentales” y de durar en el tiempo, aspiran a reunir ciertos requisitos mínimos de racionalidad y sistematicidad. Pero también por estas razones, están expuestas a demandas políticas intensas que obligan a múltiples compromisos (entre mayorías y minorías, entre reclamos sociales y exigencias de gobernabilidad) y dificultan la pureza y precisión que suele exigirse desde un punto de vista “técnico”.

Frente a una visión “tecnicista”, es importante no perder de vista que las Constituciones y los estatutos de autonomía son, además de normas jurídicas, textos de un fuerte contenido político. Y desde esa perspectiva, se fundamentan en un tipo de legitimidad que exige tomar en cuenta intereses sociales más amplios que los de los partidos políticos con representación parlamentaria. Esto es especialmente así en el caso de aquellos proyectos de reforma estatutaria que, como el catalán, planteaban cuestiones políticas centrales como la redefinición de la propia identidad, de los niveles de

autogobierno, del régimen de financiación y obtención de recursos, y exigían para su aprobación la celebración de un referéndum entre los electores inscritos en el censo (artículo 152.2, CE).

También debe cuestionarse, por otro lado, el argumento del carácter repetitivo o de la menor calidad técnica de las declaraciones estatutarias de derechos en relación con la Constitución española.

En primer lugar, la mayoría de declaraciones contemporáneas de derechos se limitan a repetir o a hacer visibles estándares de protección ya existentes. La propia Constitución española reproduce numerosos derechos ya consagrados en tratados y convenios internacionales que podrían haberse considerado vigentes en el ámbito interno con una simple modificación del redactado del artículo 10.2 de la CE. Sin embargo, es innegable que la propia legitimidad simbólica, e indirectamente, la eficacia jurídica, de una ley básica o fundamental, está ligada a la presencia de una declaración propia de derechos, aunque se reproduzcan otros ya existentes.

En segundo lugar, no es exacto que los estándares de tutela recogidos en las declaraciones estatutarias sean una simple repetición de los consagrados en la Constitución. Pese a las remisiones a la ley contenidas en muchos de estos preceptos, no son pocos los que, al especificar derechos constitu-

cionales, clarifican su contenido y su exigibilidad tanto frente a los poderes públicos como, eventualmente, frente a otros particulares.

Un buen ejemplo lo constituye el caso del derecho a la salud, al que algunos estatutos, como el catalán o el andaluz, otorgan mayor claridad de contenido y, con ello, mayor densidad normativa. Así, el artículo 22.2 del Estatuto de Andalucía recuerda que el derecho a la salud comprende, en todos los casos, el derecho de acceso a todas las prestaciones del sistema; el derecho a la libre elección de médico y centro sanitario; el derecho a la información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como sobre los derechos de que se dispone; el derecho a información adecuada sobre los procesos de enfermedad con anterioridad a la prestación de consentimiento para ser sometido a un tratamiento médico; el derecho al respeto de la personalidad, dignidad humana e intimidad; el derecho al consejo genético y la medicina predictiva; el derecho a un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos; el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre los procesos médicos; derecho de acceso a cuidados paliativos; el derecho a la confidencialidad de los datos relativos a la salud y a las características genéticas, así como al historial clínico; y el derecho a la asistencia geriátrica especializada.

En realidad, como hemos visto ya en relación con el caso catalán, el tipo de derechos reconocidos en los estatutos es variado: muchos de ellos son derechos “nuevos”, o si se prefiere, nuevas derivaciones de derechos ya existentes. Otros son derechos que ya gozaban de cobertura legal en el ámbito estatal o autonómico, como es el caso de los derechos lingüísticos, aunque su incorporación en los estatutos les otorga una rigidez específica y, con ello, nuevas garantías.

Finalmente, hemos podido comprobar hasta qué punto es relevante la aportación que las declaraciones estatutarias de derechos, deberes y principios ofrecen en materia de técnica jurídica. Quizás la más relevante es que contribuyen a “corregir”, al menos en términos pedagógicos, la lectura según la cual existirían unos derechos “en serio” (los civiles y políticos) susceptibles de mayor protección jurídica, y unos derechos debilitados (básicamente, los sociales) que sólo podrían operar como principios rectores de las políticas públicas.

En efecto, una de las virtudes técnicas de los estatutos es su contribución a asentar el principio de interdependencia e indivisibilidad entre las diferentes categorías de derechos. Esto es especialmente visible en el caso del EAC, que en su título I, y a diferencia de la Constitución española, recoge de manera conjunta los derechos y deberes “en el

ámbito civil y social”. Estos derechos, por su parte, sólo se distinguen de los derechos de participación a efectos de su titularidad o ejercicio, pero la conexión entre todos ellos es explícita. Se trata, en realidad, de una característica de la mayoría de los nuevos estatutos. Aunque principalmente se ocupan de desarrollar derechos tradicionalmente calificados como sociales, éstos aparecen estrechamente ligados al ejercicio de derechos civiles y políticos de participación, consulta, información, intimidad o no discriminación. Ello explica, por su parte, que el sistema de garantías previsto sea el mismo para todos los derechos, de manera que se evitan las distinciones apriorísticas entre *derechos más y menos protegidos*.

La estructura interna de la Constitución española ha introducido cierta confusión en la materia al identificar los derechos subjetivos principalmente con los derechos civiles y políticos y los principios rectores con los derechos sociales. Las consecuencias de esta distinción serían importantes: sólo los derechos subjetivos serían directamente exigibles frente a los tribunales. Los principios rectores, en cambio, sólo serían alegables de acuerdo a las leyes que los desarrollen (artículo 53.3, CE).

Tal y como se ha señalado con anterioridad, frente al referente de la CE de 1978, las declaraciones estatutarias ofrecen un modelo con caracteres

distintos. Por un lado, sugieren que todos los derechos, y no sólo son los derechos civiles y políticos, pueden actuar como derechos subjetivos con garantías normativas y jurisdiccionales similares. Esto es evidente en el EAC, que consagra en un mismo capítulo, como ya se ha dicho, los derechos del ámbito civil y social. Pero también en otros estatutos como el andaluz, que aunque en principio sólo consagra derechos sociales, reconoce asimismo diferentes derechos civiles y de participación conectados al contenido de los mismos.

Por otro lado, supone también un avance clarificador el hecho de que las declaraciones estatutarias muestren cómo todos los derechos, y no sólo los sociales, pueden actuar como principios rectores. Así es como pudimos ver en el análisis del contenido del EAC, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución española, los principios rectores no sólo operan en el ámbito de la política económica y social.

La cuestión de fondo, como es sabido, radica en la eficacia jurídica de este tipo de preceptos, sobre todo de los principios rectores. Resulta relevante la diferente redacción del precepto que se refiere a la garantía de los principios rectores en la CE de 1978 y en los estatutos tanto catalán como andaluz. Mientras la CE señala que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo

que dispongan las leyes los desarrollen” (artículo 53.3, CE), en los casos catalán y andaluz el adverbio “sólo” desaparece. Con ello debe defenderse que en el caso estatutario el grado de exigibilidad dependerá del desarrollo legislativo correspondiente, pero la falta de ley no tendría por qué suponer la ausencia de todo contenido normativo.

Naturalmente, la cuestión de la eficacia de los derechos y principios recogidos en los estatutos de autonomía está vinculada, en último término, al sistema de garantías previsto para su tutela, y en este terreno, las reformas estatutarias, y de manera señalada la del EAC, introducen mecanismos específicos. Como también se ha mostrado. Fuera de las garantías normativas —como las referidas a la reserva de ley o a la determinación de un contenido mínimo o esencial— buena parte de los estatutos prevén sus propias garantías institucionales. Éstas van desde los defensores del pueblo, en sus diferentes variantes autonómicas, a las agencias de protección de datos.

5. A modo de cierre: las declaraciones estatutarias de derechos como elementos de un constitucionalismo multinivel o en red

A lo largo de este segundo apartado, se ha procurado defender la legitimidad constitucional e in-

cluso la oportunidad política y técnica de las declaraciones de derechos y deberes introducidas por los nuevos estatutos de Autonomía. Uno de los argumentos centrales que se ha expuesto es que a pesar de que la presencia de dichas declaraciones encontraría su encaje lógico en fórmulas más claramente federales de organización territorial, deberían inscribirse sin excesivos problemas en un modelo de Estado que, de manera creciente, debe ir asumiendo la irrupción de nuevos (y no tan nuevos) centros de poder *infra* y *supra* estatales.

En efecto, como ya se indicara al inicio de este trabajo, las profundas mutaciones sufridas por los Estados tradicionales en el contexto de la globalización y del proceso de integración europea, han desarticulado algunos de los fundamentos, como la noción de soberanía o la idea de unidad de poder y de unidad ordinamental. Es este proceso, justamente, el que ha favorecido el surgimiento, sobre todo en relación con el ordenamiento comunitario, de diferentes propuestas de articulación de un constitucionalismo multinivel. A pesar de las diferencias jurídicas y política entre ellas, todas coinciden en que en un contexto en el que conviven una pluralidad de naciones, regiones, lenguas y culturas, el constitucionalismo debería abandonar su obsesión por la unidad, por el principio de jerarquía y por quién tiene la última palabra. Como señala Solo-

zábal, refiriéndose al proceso de integración comunitaria, “tal planteamiento es incompatible con el pluralismo político de nuestro tiempo, que admite la simultaneidad de la integración política y la compartición de las relaciones del ciudadano con diversos planos de pertenencia política”.³⁰

En sentido complementario, Vergottini afirma que “la apertura a la integración entre ordenamientos constituye probablemente uno de los datos más relevantes del constitucionalismo actual, en contraposición con la tendencial clausura y autosuficiencia del constitucionalismo del pasado”. En tal contexto, “la lógica de la colaboración y de la complementariedad de las relaciones entre ordenamientos emerge paralela a la que se viene manifestando en el interior del ordenamiento estatal”.³¹

Debería abrirse, en consecuencia, espacio a un panorama en el que el principio de competencia, así como los mecanismos horizontales y verticales de resolución consensuada de los conflictos tuvieran un mayor papel. No estamos pues, tratándose de relaciones interordinamentales, en un esquema de relación jerárquica: no se admite la ordenación del

³⁰ Solozábal, J. J., *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, p. 185.

³¹ Vergottini, G., “Garantía e identidad de los ordenamientos estatales y límites a la globalización”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, p. 145.

sistema jurídico conforme a los criterios de supra y subordinación sino conforme al principio de separación.³²

Como a continuación tendremos ocasión de analizar, evidentemente el problema se traslada a la determinación de la línea que separa los ordenamientos en presencia. Pues bien, dejando para más adelante un mayor desarrollo sobre esta cuestión, por ahora deberemos limitarnos a afirmar que si bien es cierto que no existen importantes diferencias entre la relación que el ordenamiento estatal mantiene con los autonómicos y la que establece con el ordenamiento comunitario, no obstante, la propuesta de concebir todas ellas en un esquema de relación complejo o multinivel es válida.

En el ámbito del Estado autonómico, lo que se propugna, evidentemente, no es una impugnación de la supremacía constitucional, ni tan siquiera en el plano aplicativo. De lo que se trata es de concebir la Constitución como norma que incorpora los distintos centros de poder, el “central” y los autonómicos, y sus propios sistemas de protección de derechos, facilitando su interrelación interpretativa y aplicativa. Se trata de trasladar el esquema del diálogo entre órdenes normativos y entre momentos jurisdiccionales distintos (que no ámbitos distintos,

³² Solozábal, J. J., *op. cit.*, nota 30, p. 190.

en el caso español), para, en la línea de lo propugnado (aunque no siempre logrado) en el plano supra-estatal, asegurar niveles más altos y eficaces de protección de los derechos de los ciudadanos.

Dicha tarea cuenta con un camino ya recorrido. Un camino, como es sabido, no exento de pasos en falso y retrocesos. De un modo u otro, la consolidación jurisprudencial de la noción de “bloque de constitucionalidad”, a partir de la ampliación del parámetro de constitucionalidad normativa no constitucional (artículo 27 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), es sin duda uno de los baluartes para una comprensión compleja del papel de la CE de 1978 en la configuración del Estado autonómico.

En este sentido, el paso adelante que supone el reconocimiento estatutario de derechos puede ser de enorme trascendencia para seguir avanzando en el camino referido. Como hemos señalado, la decisión de regular derechos, de manera complementaria a las previsiones constitucionales supone una opción del poder “estatuyente” que pese a no interferir de manera directa y frontal en las relaciones entre la comunidad autónoma y los poderes legislativo y ejecutivo centrales, se incorpora en lo que puede denominarse como Constitución territorial.

Como consecuencia de ello, y desde la perspectiva aquí defendida, la siempre inacabada cons-

trucción de un orden público constitucional del Estado autonómico necesariamente incorpora nuevos elementos para un proceso de diálogo abierto. Un proceso que debe ser impulsado por los distintos actores, estatales, autonómicos, locales, públicos y privados (miembros todos de esa sociedad abierta de intérpretes constitucionales a la que hace mención Häberle).³³ En último término, resulta exigible que el Tribunal Constitucional sea capaz de aprehender los resultados de este proceso reforzando una comprensión evolutiva de las instituciones constitucionales.

Como señala Solozábal, nos hallamos ante un nuevo nivel de nuestro orden constitucional: “se ha pasado de un orden completo y cerrado, meramente nacional, a un nuevo sistema diferente y yuxtapuesto, pero a la vez dependiente e influyente respecto del primero”. Esta afirmación, referida al ámbito de la integración supraestatal, es perfectamente trasladable al plano infra-estatal. Y esa es la propuesta que aquí se defiende a partir de una concreta comprensión del papel del reconocimiento estatutario de derechos, deberes y principios.

³³ Häberle, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, IVAP, 1996, p. 18. Véase también Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, 2002.

La idea es diáfana: un constitucionalismo multi-nivel o en red debería alcanzar también a las normas superiores de los ordenamientos territoriales de los Estados federales o autonómicos. El punto de partida, como ya se ha dicho, es suficientemente claro: la convicción de que el ejercicio de poder público o privado en cada una de estas escalas, sólo puede resultar legítimo si va acompañado de adecuados controles democráticos y de un sistema de derechos que establezca límites e imponga vínculos a su actuación. Todo ello obliga a repensar la función integradora de la Constitución, vinculándola a la proyección y profundización del principio social y del principio democrático en diferentes escalas territoriales. La construcción de un orden público constitucional complejo, empezaría así en la escala infraestatal.

III. DERECHOS Y CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO INTEGRADO EN LA UNIÓN EUROPEA: ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL EUROPEO

1. *Introducción*

Como ha señalado Cruz Villalón, “el reto constitucional «realmente existente» que hoy tiene Europa, en el sentido de reto más inmediato, es el de la configuración de una sólida discusión en materia de derechos fundamentales”.³⁴

El problema es que dicha discusión no se cierra mediante la mera aprobación de un listado de derechos, como atestigua la experiencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Carta de Niza). En efecto, situados incluso en el plano de la

³⁴ Cruz Villalón, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 40.

garantía de los derechos, ésta no se solventa por la existencia del juez o de un procedimiento, sino también, y sobre todo, “de un entramado institucional en el que los titulares de los derechos sean copartícipes de un poder político que potencialmente puede amenazar su vigencia”.³⁵

Por esta razón, el debate sobre la efectividad de los derechos en el Estado integrado en la UE impide que nos limitemos a analizar la evolución de la protección de los mismos en el marco del ordenamiento comunitario, cuestión por lo demás suficientemente estudiada.³⁶ Dicho análisis necesariamente debe complementarse, o mejor dicho, debe anclarse, en la reflexión sobre el modo en que la confluencia de dos ámbitos de regulación, el estatal y el comunitario, se produce.

En otras palabras, incluso el listado de derechos más completo y el sistema de garantías más acabado, puede resultar inútil en función de las condiciones de realización con las que cuente. La reflexión,

³⁵ Cantaro, A., *Europa Soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*, El Viejo Topo, 2006, p. 121.

³⁶ Véase Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999. Véase también una reflexión mucho más reciente Aparicio Pérez, M. A., “Derechos fundamentales vs. Constitución europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, 2007, pp. 19-28.

por tanto, ha de referirse al modo en que debe estructurarse un sistema multinivel acorde con las exigencias del constitucionalismo democrático.

El parámetro, efectivamente, debe ser constitucional. Como ha señalado Bustos, “la integración entre los Estados europeos es la forma más desarrollada de supraestatalidad en el ejercicio de poderes y donde las ideas vinculadas a la noción de Constitución... resultan más necesarias. Si el constitucionalismo hace referencia a la necesidad de limitar el poder y garantizar los derechos y el progreso de los ciudadanos, para que cuanto más poder político se ejerza, más necesario será el mismo desde el derecho constitucional”.³⁷

Este parámetro de análisis, como es natural, debe reclamarse independientemente de que la UE cuente o no finalmente con un texto que lleve el término “Constitución” en su denominación. Se trata de preguntarnos, más bien, por la *capacidad constitucional*, del entramado normativo comunitario, para llegar a valorar hasta qué punto llega a condicionar el ejercicio del poder público al que se refiere.

Con todo, y pese a su carácter indudablemente necesario, hay que advertir que, forzosamente, y como ha indicado Von Bogdandy, en el análisis

³⁷ Bustos Gisbert, R., *op. cit.*, nota 4, p. 122.

constitucional de la Unión Europea encontramos “un problema de transferibilidad de los conceptos”. La Unión Europea no es un Estado, es una realidad política nueva que origina un orden jurídico también nuevo, por lo que los principios que la estructuran deben reflejar tal singularidad.³⁸

Para poder abordar la tarea propuesta, lo primero que haremos es describir cuáles son los principales elementos del *espacio político comunitario*, al que referiremos nuestra reflexión constitucional.

A continuación, veremos algunos de los rasgos que caracterizan el sistema comunitario de protección de los derechos, como aspecto que debe complementar el debate sobre las condiciones del constitucionalismo multinivel realizado ya respecto del plano infra-estatal.

Una vez hecho esto, y como siguiente sub-apartado, nos ocuparemos de la debatida cuestión de la relación entre los ordenamientos estatal y comunitario. Para ello nos serviremos de la distinción empleada por el TC en su DTC 1/2004: supremacía y primacía como correlato de validez y aplicabilidad.

³⁸ Von Bogdandy, A., “Doctrine of Principles”, en Monnet, Jean, Working Paper dedicada a “*European Integration: the New German Scholarship*”, núm. 9, 2003, pp. 11 y 12, www.jeanmonnetprogram.org/papers/03.

2. Un intento de definición del espacio político comunitario

A. El contexto de la reflexión: los efectos de la globalización, de nuevo

Van quedando ya pocas esferas de la investigación social en las que resulte evitable ubicar la reflexión en el marco de los procesos provocados por lo que genéricamente conocemos con el nombre de “globalización”.

El ámbito del derecho constitucional no constituye, precisamente, una de esas excepciones. Todo lo contrario: de las distintas ramas jurídicas es sin duda una de las más directamente afectadas, pues el principal objeto de regulación de la Constitución ha sido, y aún sigue siendo, el Estado. Y a estas alturas son ya de sobra conocidas, y vividas, las profundas mutaciones sufridas por los Estados en el contexto de la globalización.

La contundencia y persistencia de los hechos construyen una realidad cada vez más alejada de la norma. El deber ser constitucional se enfrenta, con resultados más bien discretos, ante un ser cada vez más autónomo e insubordinable.

El fenómeno al que suele hacerse referencia cuando se habla de globalización económica es el de la específica mundialización que ha experimen-

tado el capitalismo en estos últimos treinta años.³⁹ Se trata de un fenómeno cuyas causas y principales caracteres han sido ya tratados de manera más que extensa y, frecuentemente, reiterativa, razón por la cual apenas nos detendremos en su explicación.

Tan sólo merece la pena apuntar dos cuestiones: por un lado la que nos recuerda que el fenómeno de la globalización no es un proceso homogéneo y continuo, sino algo “selectivo, dispar y cargado de tensiones y contradicciones”. No es anárquico, pues “reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades centrales, periféricas y semi-periféricas”.⁴⁰

Por otro lado, su esencia contradictoria: “la ideología y la práctica del liberalismo económico impulsada por fuerzas domésticas e internacionales, combinadas con las prácticas de las empresas transnacionales, han llevado ciertamente a una pérdida relativa del papel protagonista del Estado nación dentro del sistema mundial. La mayoría de

³⁹ Estévez Araujo, J. A., “*Del Estado del bienestar a la globalización neoliberal*”, texto facilitado por el propio autor. Una completa reflexión del mismo autor sobre la materia puede hallarse en *El revés del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

⁴⁰ De Sousa Santos, B., *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, UNC-ILSA, 1998, p. 56.

los autores tienden a aceptar que, en áreas decisivas, el Estado está siendo desconectado tanto del capital como del trabajo nacionales, perdiendo así la capacidad de garantizar por sí mismo los ajustes institucionales necesarios para una reproducción y acumulación estables”. Pero, “este es, sin embargo, un proceso muy complejo y lleno de desarrollos contradictorios, debido a que gran parte de la pérdida del papel central del Estado está de hecho siendo conducida por el mismo Estado”.⁴¹

B. La integración europea como reacción frente a la globalización

La integración regional europea, pese a su innegable origen y desarrollo de corte mercantilista, ofrece un potencial como herramienta constitucional, esto es, podría llegar a consolidar dinámicas de limitación de poder como medio para garantizar la efectividad de los derechos de las personas y de los grupos en los que la persona se desenvuelve.

La más que manifiesta incapacidad del Estado de servir de contrapeso a los poderes económicos transnacionales exige o bien un momento revolucionario o bien un nuevo centro de poder político, democrático, capaz de recuperar para la arena de la decisión

⁴¹ *Ibidem*, p. 87.

política los cada vez más amplios espacios que va ganando el terreno dejado a los impulsos (nada democráticos) de la “*racionalidad* económica”.

De este modo, la preocupación constitucional llevaría a aceptar una nueva escala de lo político, la escala supranacional, distinta de la estatal y de la interestatal.

La creación de un mercado común de ámbito supranacional, pone en jaque los intentos de las Constituciones nacionales por limitar los distintos centros de poder, su principal cometido. Los poderes económicos (aquellos que sobreviven) se refuerzan a medida que el mercado en el que se desenvuelven se agranda. La paradoja aparece con nitidez: el escenario supranacional, partiendo como parte de la construcción de un espacio económico único, coadyuva, cuando no impulsa directamente, a la conformación de poderes privados cada vez más vigorosos.

Pero dado que la concentración de poder económico ya hace tiempo que viene creciendo en el espacio transnacional, la construcción de un espacio político más allá de los Estados sigue erigiéndose, siempre sin movernos del margen de la reforma, como única salida.

Pero para que el espacio supranacional sirva para atraer al terreno de lo político las decisiones de tipo económico, es necesario, en primer lugar, que no se configure a sí mismo como poder libre

de un control suficiente, democrático. Como a continuación veremos, hasta el momento, el sentido de la marcha es el opuesto: el entramado institucional europeo ha llevado buena parte del terreno decisorio al espacio de encuentro entre la tecnocracia y los grupos de presión, y de manera sobresaliente los grandes *lobbies* empresariales europeos.

En el marco de la integración, mediante la transferencia competencial los Estados cederían el ejercicio de unas potestades decisorias cada vez más semánticas para así recuperar parte de la capacidad de incidencia política. Mercado Pacheco lo ha descrito de esta manera: “la adhesión e integración en entidades supranacionales es una renuncia a la propia soberanía económica sólo en un sentido formal. En términos sustanciales, estas cesiones de soberanía nacen del reconocimiento de que la dimensión nacional no es ya la dimensión idónea en la que puede ejercerse un gobierno efectivo de lo económico”.⁴²

La recuperación de capacidad de incidencia vendría posibilitada por dos motivos: en primer lugar, porque la transferencia competencial se efectúa a una organización política que integra su principal

⁴² Mercado Pacheco, P., “El «Estado comercial abierto». La forma de gobierno en una economía desterritorializada”, en Capella, J. R. (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, p. 132.

institución de producción normativa, el Consejo, a partir de los representantes gubernamentales de los Estados miembros. En segundo lugar, porque no en todos los casos de la transferencia competencial resulta una suma cero (donde el aumento de poder comunitario equivale a la pérdida de poder estatal).

El problema es que a la apropiación del espacio supraestatal de toma de decisiones han concurrido distintos sujetos portadores de intereses no necesariamente coincidentes. Como han descrito Streeck y Schmitter:

si se quiere una explicación sintética del impulso renovado de la integración europea a mediados de la década de los ochenta, probablemente se diría que es el resultado de un alineamiento entre dos tipos de intereses: los de las grandes firmas europeas, que pugnan por superar las ventajas competitivas percibidas en relación con el capital japonés y estadounidense, y los de las elites estatales, que tratan de restablecer, al menos, parte de la soberanía política que han perdido de forma gradual en el ámbito nacional como resultado de la creciente interdependencia internacional.⁴³

⁴³ Streeck, W. y Schmitter, P. C., "From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market", *Politics and Society*, núm. 19, 1991, p. 148.

C. *Del gobierno a la gobernanza*

El contexto recién descrito nos lleva, como nos recuerda De Cabo, a “la desaparición de la política como espacio de mediación y, por tanto, de los partidos, de los sindicatos, de las instituciones representativas como medios de esa política, como mediadores de aquel conflicto ya inexistente”. El Estado, de manera cada vez más intensa, tiene que cumplir la función de “construir la «apariencia» de la política, pero como realidad virtual ya que desaparece la mediación real de una sociedad en conflicto que ya no «existe»”.⁴⁴

Esa es la razón por la cual el debate político en Europa (y hasta cierto punto sobre Europa) brilla por su ausencia. Si nos fijamos, tanto en el proceso de aprobación del texto del Tratado Constitucional como de discusión sobre los caracteres del Tratado de Reforma que deberá sustituirlo, las disputas se han vuelto a centrar, al margen de algunos aspectos simbólicos (aunque no por ello inocuos), en el peso decisorio de cada Estado en el Consejo. Esa es una de las razones por las cuales las instituciones comunitarias deben mantener un perfil bajo (*low profile*) y por las que la UE debe estructurarse, cada

⁴⁴ Cabo, C. de, *op. cit.*, nota 3, p. 331.

vez más, a partir de una dinámica de “geometría variable” o “varias velocidades”, tal y como se demostró ya tras la aprobación del Tratado de Niza y como la posición británica se ha encargado de reafirmar en la cumbre europea de finales de junio de 2007.

Así las cosas, no es de extrañar que el espacio decisorio europeo sea actualmente uno de los objetos de estudio preferidos por los analistas de la *governance*.

Como señala Morata, “la perspectiva de la gobernanza multinivel expresa la originalidad del sistema político de la UE, cada vez más integrado e interdependiente, y a pesar de ello heterogéneo, cuya gestión exige la actuación del conjunto de actores, públicos y privados, que operan en los distintos niveles de gobierno”.⁴⁵

El mismo autor nos ofrece una definición sencilla del término: “la *governance*, o gobernanza, se emplea sobre todo para describir el modo en que las sociedades adoptan y ponen en práctica las decisiones colectivas relativas a la regulación de los problemas sociales”. Por su parte Held se refiere al entramado de “redes densas de relaciones regionales y globales

⁴⁵ Morata, F., “Presentación”, en Morata, F. (ed.), *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 10.

que escapan al control individual de los Estados;... y de un amplio conjunto de regímenes y organizaciones internacionales capaces de limitar el ámbito de actuación de los Estados más poderosos”.⁴⁶

Efectivamente, la UE parece responder con fidelidad a un espacio político en el que los actores institucionales, cuyos márgenes de acción se hallan delimitados procedimental y materialmente, coexisten con actores privados, implicados en un proceso político caracterizado por la interacción entre unos y otros.⁴⁷ “En la complejísima construcción que es la Unión Europea se da una multiplicidad de ámbitos de política muy diversos entre sí. Los actores actuantes de estas múltiples arenas y ámbitos pueden concebirse formando una red en el sentido que son formalmente autónomos, pero funcionalmente interdependientes para la elaboración de políticas y el logro de decisiones vinculantes”.⁴⁸

⁴⁶ Held, D., *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 2000.

⁴⁷ Merece la pena acudir a Kohler-Koch, B. y Eising, R., (eds.), *The Transformation of Governance in the European Union*, Londres, Routledge, 1999.

⁴⁸ Mariscal, N., “Gobernanza múltiple en las políticas del Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 34, 2006, p. 100.

La cada vez más incisiva presencia de los intereses privados en la toma de decisiones de las instituciones públicas no es, como puede imaginarse, un fenómeno exclusivo de la UE. El caso de los Estados Unidos es, en este sentido, paradigmático. Pero sorprende que ello suceda tan señaladamente en el marco de un proceso presentado como herramienta de recuperación de la capacidad decisoria por parte de los Estados.

En realidad, el esquema institucional comunitario parece estar pensado justamente para generar intensos espacios de interacción entre sujetos públicos, las instituciones comunitarias y los representantes estatales que en ellas se integran, y privados, asociaciones de intereses desigualmente representadas: “el mundo de los *eurolobbies* en Bruselas se ve ciertamente dominado por los intereses económicos corporativos y de las empresas transnacionales, mientras, sólo algunos años, el Parlamento europeo ha abierto la consulta de asociaciones de consumidores, ambientalistas y representantes de movimientos sociales”.⁴⁹

Desde esta perspectiva, el gobierno de la UE se “asemeja fundamentalmente a una amplia coalición de intereses públicos y privados materializada, en

⁴⁹ Bilancia, P. y Pizzetti, F. G., *Aspetti e problema del costituzionalismo multilivello*, Milán, Giuffrè Editore, 2004, p. 29.

la fase de preparación de las decisiones, en los innumerables comités consultivos de la Comisión y en los grupos de trabajo del Consejo y, por lo que se refiere a la fase de ejecución, en los laberínticos procedimientos de la comitología”.⁵⁰

A ello hay que sumarle dos aspectos más: por un lado, la extraordinaria complejidad de un entramado competencial flexible, heterogéneo y cambiante y, de otro, la existencia, y creciente protagonismo, de organismos independientes como el Banco Central Europeo (BCE).

Respecto del primero de los aspectos anunciados, nos hallamos en el marco de una organización “que, por un lado, está altamente institucionalizada pero que, por el otro, produce espacios separados, como «la Europa monetaria»”. A diferencia de la experiencia del Estado moderno,

en la UE no podemos aspirar al desarrollo de unos límites uniformes. Una vez se tengan en cuenta temas como la implementación o el cumplimiento desigual de la ley, la imagen de la nueva UE será todavía más borrosa. La negociación de la ampliación ha dinamizado aún más los «opt-outs» y la integración flexible. Los períodos de transición, las cláusulas de exención y las excepciones tempora-

⁵⁰ Morata, F., *op. cit.*, nota 45, p. 30.

les de acceso asegurarán que la totalidad del acervo comunitario no se aplique inmediatamente.

Así, Christiansen y Jorgensen, la metáfora más apropiada “no parece ser la de una “fortaleza europea” sino la del “laberinto europeo” en el que esta construcción supra-estatal es capaz de mantener algunos estados “fuera” La persistencia de este “laberinto” impediría alcanzar una mínima claridad en lo que respecta al rol de las instituciones europeas, a la ubicación de las responsabilidades finales y a la representación de los problemas políticos.⁵¹

La creciente complejidad del régimen competencial, la diversidad de regímenes y procedimientos decisorios según el tipo de política y la heterogeneidad que generan la existencia de reservas, generales o especiales, y excepciones aplicativas, provoca, entre otras cosas, que el problema del déficit democrático comunitario difícilmente pueda solucionarse sólo mediante medidas referidas al equilibrio institucional (incremento de los poderes del Parlamento europeo, responsabilidades más directas de la comisión ante el Parlamento, y aumento de la transparencia del consejo de ministros, por

⁵¹ Christiansen, T. y Jorgensen, K. E., “La gobernanza transregional en la nueva Europa”, *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, cit., nota 46, pp. 386-389.

señalar algunas de las modificaciones contenidas en el Tratado constitucional). Por ello, debe reclamarse un marco regulador que devuelva al sistema institucional comunitario su dimensión territorial, frente al auge de la dispersión funcional y sectorial de poderes.

D. La naturaleza jurídica de la UE

Una vez realizada una aproximación descriptiva a los caracteres del espacio político europeo a partir de noción de gobernanza, seguramente nos resultará insatisfactorio tratar de identificar o clasificar la UE mediante una categorización cerrada.

De hecho, la enorme dificultad que encierra el intento de definir la naturaleza jurídica de la UE ha generado la proliferación de numerosas denominaciones. Como nos recuerda Cantaro, se ha hablado de una Confederación, una Federación, una Federación de Estados-nación, un nuevo Estado en formación, un sistema político federal no estatal, un consorcio o un condominio, un orden constitucional sin constitucionalismo, un sistema político desnacionalizado, una forma pionera de gobierno transnacional, una agencia administrativa multifuncional, una agencia de regulación, un Estado pos-hobbesiano y posmoderno, un meta-Estado po-

liárquico, una *commonwealth*, un poder público no estatal y pos-nacional, una organización supranacional compuesta, o de un ente pos-estatal, entre otras denominaciones.⁵²

El mismo autor nos ofrece una noción propia: la UE como comunidad política *ma non troppo*, caracterizada por una singular combinación entre lo que el autor denomina “minimalismo político” y “maximalismo jurídico”. “El minimalismo político “es el proyecto de hacer de Europa una *potencia civil*, una entidad protagonista del orden global, sin convertirla en una *potencia política* en su sentido clásico moderno”. El maximalismo jurídico, por su parte, “constituye la otra cara de la ideología europea. Es una radical confianza en la capacidad de los mecanismos procedimentales y de las proclamaciones normativas para servir de sustituto funcional de las repudiadas entidades colectivas”.⁵³

Todas ellas aportan sin duda elementos que pueden servir para identificar en mayor o menor medida los caracteres jurídico-políticos de la UE. Ahora bien, ninguna puede por sí sola aprehender la complejidad de un fenómeno que se explica a partir de dinámicas de interrelación entre distintos sujetos y en distintos planos.

⁵² Cantaro, A., *op. cit.*, nota 35, p. 49.

⁵³ *Ibidem*, pp. 9 y 40.

Ante tal situación se nos abren distintas opciones. Una de ellas consiste en seguir apoyándonos en conceptos difusos, indeterminados, del tipo “organización internacional *sui generis*”, u “organización supranacional”, sin entrar en excesivas explicaciones más allá de la descripción de la posición y funciones de cada uno de los órganos que conforman el aparato institucional comunitario, así como del sistema de atribución competencial previsto. La segunda posibilidad consistiría en buscar otras salidas: frente a la dificultad de definir de manera general la naturaleza de la UE, el camino a seguir pasa por analizar las implicaciones jurídicas del proceso de integración a partir de las transformaciones experimentadas por los sujetos que lo impulsan y protagonizan, los Estados, respecto de los que sí contamos con un punto de partida teórico suficientemente elaborado.

Se propone por tanto un acercamiento desde los Estados y el derecho constitucional: es el Estado el que explica a partir de sus transformaciones los rasgos de la UE, erigiéndose el derecho como la piedra de toque de tales transformaciones. Ésta pretende conjurar la posibilidad de caer en argumentos circulares al tratar de definir los rasgos de la UE. Quizá la mejor manera de ejemplificarlo sea a partir de la tantas veces debatida cuestión sobre quién tiene la última palabra en la delimitación

competencial entre Estado y UE (*Kompetenz-Kompetenz*). Difícilmente se podría llegar a determinar si es la UE quien debe ejercer dicho control sin posicionarnos previamente sobre la naturaleza de dicha organización; pero tal naturaleza se debería definir precisamente a partir de un posicionamiento previo sobre quién cuenta con la *Kompetenz-Kompetenz*, si es que alguna de las dos partes puede reclamarla en exclusiva para sí.

Lo mismo cabría decir del argumento sobre la *constitucionalización* de los tratados, que fundamenta una determinada concepción de la naturaleza comunitaria: son tratados *constitucionalizados* por cuanto tienen capacidad de obligar directamente a las personas; y tienen dicha capacidad porque no son meros tratados internacionales, porque tienen carácter constitucional.

El Estado del que partimos es un *Estado integrado*, entendiendo dicho calificativo no sólo en el contexto de la integración comunitaria en sí misma considerada, sino también a partir de la transformación que los atributos estatales vienen experimentando en el contexto de la globalización, contexto en el que los Estados también se *integran*. Tal integración es en su conjunto tan intenso que puede llegar a afirmarse la necesidad de hablar de una nueva *forma de Estado*.

Partiendo pues de esa nueva forma estatal, de lo que hay que hablar al referirnos al fenómeno comunitario es de la existencia de una *Unión de Estados integrados*, donde la clave de la naturaleza de dicha organización no está tanto en la definición de los caracteres de la unión en sí, y de su ordenamiento, como en la de los Estados que la forman, y sus ordenamientos.

Me he referido a estas cuestiones en otro lugar, al que me remito para una mayor fundamentación de lo recién expuesto.⁵⁴

3. *Hacia un sistema comunitario de derechos*

A. *La construcción pretoriana de un sistema comunitario de derechos*

A estas alturas no hace falta insistir en exceso en la centralidad de los derechos en la discusión acerca de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos estatales. En el marco del constitucionalismo, la garantía de los derechos fundamentales supera el plano de la protección de

⁵⁴ Aparicio Wilhelmi, M., “Repensar los topoi del constitucionalismo. Cuestiones para el debate sobre el proceso constituyente europeo”, en Gómez Corona *et al.* (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 51-67.

los intereses del individuo para, junto con ello, constituir el núcleo de la legitimidad del ordenamiento en su conjunto.

Como es sabido, hasta la aprobación en diciembre de 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Carta de Niza), el derecho comunitario no tuvo una declaración propia de derechos. Por ello, y pese a su carácter declarativo, Niza supone un antes y un después en el terreno de la protección de los derechos en el proceso de integración europea.

Frente a tal desconocimiento por parte de los tratados, se fue configurando un paulatino sistema de tutela pretoriana ejercida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJ), conducida a través de un intenso diálogo con algunos de los tribunales constitucionales, en especial el alemán y el italiano. La evolución de la jurisprudencia del TJ en materia de derechos no se puede entender, efectivamente, alejada del diálogo mantenido entre dicho tribunal y el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF), con los conocidos casos *Solange* (1974), *Solange II* (1986) y *Maastricht* (1993) por citar sólo los más emblemáticos, o la Corte Constitucional italiana (CCI).

Se trata de un diálogo intenso y en ocasiones tenso, puesto que la ausencia de garantías claras, pre-determinadas para la defensa de los derechos frente a vulneraciones provenientes de la normativa y

actuación comunitarias, ha constituido, y aunque más matizadamente aún hoy sigue constituyendo, uno de los puntos más cuestionados jurídicamente del proceso de integración.

Tras una primera fase inhibicionista en la que tribunal de Luxemburgo optó por entender que la protección de los derechos fundamentales no era ámbito de su competencia, se inicia un segundo momento a partir del cual el TJ quiere aparecer como Tribunal garante de los derechos, aunque, como a continuación veremos, con importantes condicionamientos. Este momento se abre a partir de la sentencia sobre el asunto *Stauder*.⁵⁵

Constituye esta resolución uno de los pilares del proceso de constitucionalización material del derecho comunitario, y con ello de su primacía y aplicación uniforme. Una dinámica entendida como fruto de la necesidad de ganar en legitimación en el marco de “un proceso de ponderación y búsqueda de equilibrio entre los dos platillos de la balanza, la plena eficacia de la normativa comunitaria, en el uno, y la efectiva tutela de los derechos y libertades (personales), en el otro”.⁵⁶

⁵⁵ Sentencia del 12 de noviembre de 1969 (*Stauder*, asunto 29/69).

⁵⁶ López Castillo, A., *Constitución e integración*, CEC, 1996, p. 59.

Weiler entiende que no se trata de dos aspectos separados: la labor que el TJ inicia en *Stauder*, que implica un auténtico proceso de *Constitution-building*, sería en realidad el resultado de una operación propia de *jurist's prudence*, pues, a través de los derechos, precisamente busca asegurar la aceptación de los principios de primacía y efecto directo por parte de los tribunales estatales, factor del que depende toda la construcción doctrinal del Tribunal de Justicia.⁵⁷

Dado que los órganos encargados de manera ordinaria de la aplicación de la norma comunitaria son los jueces y tribunales estatales, la importancia de acudir a principios compartidos por ellos es fundamental. Es un hecho que el TJ ha logrado en buena parte, aunque no de manera exclusiva, afianzar su autoridad y con ella la del derecho comunitario por medio de la extracción de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos (CEDH) de los principios generales del derecho comunitario a partir de los que exigir el respeto de los derechos fundamentales. Es en la sentencia sobre el asunto *Internationale Handels-*

⁵⁷ Weiler, J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Madrid, CEC, 1995, p. 33.

gesellschaft donde el TJ especifica por vez primera que “las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros” van a ser la fuente que le va a permitir determinar el contenido de los derechos que de los principios generales surgen. Sentencia del 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70). Posteriormente, en la sentencia sobre el asunto *Nold* se establece con claridad la obligación del TJ “a inspirarse en tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros... no podría admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de esos Estados”, garantizando pues, en principio, una especie de estándar máximo o de “igualación por arriba”. Sentencia del 14 de mayo de 1975 (*Nold*, asunto 4/73, Rec. 1975, p. 508).

Y así ha sucedido incluso cuando en numerosos casos, de manera clara, el TJ ha optado por una protección de los derechos fundamentales muy teñida de consideraciones de carácter funcionalista respecto de la salvaguarda de los intereses comunitarios.

El TJ ha establecido de manera general la legitimidad de someter los derechos “a ciertos límites justificables en virtud de los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se afecte a la sustancia de dichos derechos” (sentencia sobre el asunto *Nold*). Reiterando esta idea,

en su sentencia del 13 de julio de 1989 (*Wachauf*, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609), señala el Tribunal que: “pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, a condición de que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de dichos derechos”. Muy parecidos son los términos empleados en la sentencia sobre el asunto *Bauer* (sentencia del 26 de junio de 1997, asunto C-368/95, Rec. 1997, páginas I-3689 y siguientes). En este caso, ante la posibilidad de que un Estado invoque exigencias imperativas internas basadas en el cumplimiento de derechos fundamentales (en el caso concreto, el pluralismo de prensa) para justificar una disposición restrictiva de la libre circulación de mercancías (normativa austriaca que prohíbe la venta de periódicos que contengan en su interior juegos que otorguen premios), el Tribunal comunitario insiste que tal justificación debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho y en particular de los derechos fundamentales, entre los que también figura la libertad de expresión (lo que le lleva en el caso a decretar la anti-comunitariedad de la medida estatal). Hay que subrayar que

tales principios son considerados comunes a juicio exclusivo del propio Tribunal comunitario y, a menudo, la operación que efectúa el TJ a la hora de extraer dichos principios comunes no consiste en una mera comparación entre los distintos ordenamientos para luego extraer sólo aquellas reglas que estuvieran presentes de manera idéntica en todos ellos; la labor que realiza es mucho más creadora, cumple una auténtica función pretoriana, y busca extraer el espíritu común que se revele de dicho análisis comparativo.

A medida que el número de Estados aumenta, esa búsqueda se hace más difícil y no es infrecuente, y lo será menos en los próximos años, que el TJ adopte como principios comunes reglas que no son en realidad explícitamente compartidas por todos los Estados pero que quizás no suponen una contravención directa de ninguno de sus ordenamientos y se adecuan de manera conveniente a lo que entiende el TJ por interés comunitario. Es precisamente este interés el que mayor peso tiene a la hora de determinar el contenido de tales principios, y así ha preferido una variante incluso por encima de que sea mayoritaria entre los Estados otra lectura distinta. Así, el TJ ha llegado a aceptar como principio común la lectura que de la noción de *ejercicio de las funciones* realizaba tan sólo uno de los seis Estados miembros, rechazando la común a los res-

tantes: Sentencia del 10 de julio de 1969 (*Sayag*, asunto 9/69, Rec. 1969, p. 3219); ha rechazado explícitamente principios comunes a todos los estados cuando los ha considerado incompatibles con las exigencias comunitarias (Sentencia del 11 de julio de 1968 (*Dausin*, asunto 26/67, Rec. 1968, p. 464); ha adaptado libremente los principios incorporados en base a la regla de la autonomía del derecho comunitario (Sentencia del 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70), ya citada; e incluso ha llegado a recurrir a principios propios de terceros Estados (como ha sucedido especialmente en el ámbito del derecho de la competencia, donde con frecuencia los principios aplicados derivan más bien del derecho de los Estados Unidos de América. Sentencias del 13 de julio de 1966 (*Consten & Grundig*, asuntos 56 y 58/64, Rec. 1966, p. 429), del 25 de julio de 1972 (*ICI*, asunto 48/69, Rec. 1972, p. 619), o del 9 de noviembre de 1983 (*Michelin*, asunto 32/81).

Sea como sea, la extracción de tales principios (comunes, o presentados como tales) tiene un papel esencial en la conformación paulatina de un *ius commune europeo*, una serie de reglas y principios compartidos que progresivamente, fruto en parte de las dinámicas de diálogo o enfrentamiento entre jurisdicciones, se van afianzando en dos sentidos: desde el derecho comunitario hacia los dis-

tintos ordenamientos nacionales y a la inversa, ya que la relación de influencia se establece en ambos sentidos, aunque no en todos los países de manera igualmente intensa.

Esta dinámica interactiva se ve además potenciada por la presencia de un tercer vértice de la relación, constituido por el sistema del CEDH, como es sabido. Así es, el TJ incorporó tempranamente el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en su construcción pretoriana del sistema de protección de los derechos fundamentales. Concretamente desde el ya mencionado asunto Nold (del 14 de mayo de 1975).

De todos modos hay que señalar que de la jurisprudencia del TJ se deduce que el CEDH no tiene más que un carácter eminentemente inspirador, es un texto que “conviene tener en cuenta” (sentencia del 15 de mayo de 1986, *Johnston*, asunto 222/84, Rec. 1986, p. 1651), pero que “no vincula a la comunidad en cuanto tal y no constituye un elemento de derecho comunitario”.⁵⁸ Ahora bien, y pese a que el TJ trate siempre de conservar el carácter autónomo del ordenamiento comunitario interpretando el CEDH a la luz de los intereses comunitarios, lo

⁵⁸ Conclusiones del abogado general Slynn en la sentencia del 7 de junio de 1983 (*Musique Diffusion Française*, asunto 100/80, Rec. 1983, p. 1825).

cierto es que su alto valor simbólico y su carácter de norma de mínimos hace que su ascendencia sobre el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales sea realmente importante.

Como es sabido, a partir del Tratado de *Maas-tricht* esta labor jurisprudencial quedará acogida de un modo u otro en el artículo 6.2, TUE, en virtud del cual “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario”.

B. *La Carta de Derechos Fundamentales de Niza*

Una de las críticas que de manera más insistente se han formulado a la mencionada construcción pretoriana es la que cuestiona no tanto al grado de protección final de cada uno de los derechos, sino más bien el escaso nivel de predeterminación y, con ello, de seguridad jurídica que comporta. En ausencia de un catálogo predefinido de manera clara, es el TJ el encargado de dibujar los contornos de los derechos que merecen protección desde el sistema comunitario, de su “sustancia” o contenido esen-

cial, a partir de la concreción de unos “principios comunes” de los ordenamientos constitucionales y un nivel de protección presente en el CEDH que es el TJ el responsable de fijar en cada caso que se le plantee. Esta situación es la que lleva a Rodríguez Iglesias a afirmar (o si se quiere a reconocer, teniendo en cuenta que fue presidente del TJ) que “resulta difícil resumir en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el Tribunal de Justicia, entre otras razones como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso judicial”.⁵⁹ El mismo autor sostiene además que “en el derecho comunitario el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo, en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental”.⁶⁰ Hay quien, sin mayo-

⁵⁹ Rodríguez Iglesias, G. C. y Valle Gálvez, A., *El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*, RIE, núm. 2, 1997, p. 336.

⁶⁰ Rodríguez Iglesias, G. C., “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en varios autores, *El De-*

res rodeos, incluso llega a afirmar que “antes de que en cada caso se pronuncie el propio TJCE, no existe derecho fundamental alguno”.⁶¹

Se puede entonces comprender la trascendencia de la aprobación, casi medio siglo después del nacimiento del proceso de integración europea, de un listado propio de derechos, el contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, firmada en Niza en diciembre de 2000.

Sucede, no obstante, que dicho paso adelante fue efectuado con no pocos temores.

En primer lugar debemos referirnos a la naturaleza jurídica de la Carta. Como es sabido, de su aprobación no se derivó más que un carácter meramente declarativo. Pero más allá de esta evidente limitación hay que fijarse también en la naturaleza de los derechos que establece. En relación con su fundamentalidad, como sabemos, ésta suele vincularse por un lado a la existencia de una serie de derechos subjetivos indisponibles para los poderes constituidos, y por otro al establecimiento además de unas herramientas de protección y tutela específicas y suficientes. Pues bien, si analizamos su con-

fensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea, Madrid, 1993, pp. 203 y ss.

⁶¹ Díez Picazo, L. M., “¿Una Constitución sin declaración de derechos?”, *REDC*, núm. 32, 1991, p. 148.

tenido, veremos que en relación con los mecanismos de tutela, la Carta no contiene ninguna forma específica que los establezca con carácter general.

Al margen de disposiciones aisladas que establecen mecanismos específicos destinados a la protección de algunos derechos concretos, como la autoridad independiente en materia de protección de datos personales (artículo 80. de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), no existe más anclaje protector que el propio derecho a la tutela judicial efectiva, que en virtud del artículo 47 de la Carta implica que “toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva...”. Salvando la incertidumbre que aún recae en el modo en que el derecho de la Unión acaba asumiendo los derechos de la Carta mientras ésta no sea incorporada a los tratados, lo cierto es que la situación resultante es la de tener que conformarnos con los mecanismos de tutela jurisdiccional generales en los que, como ha sido denunciado, la posición del particular no siempre queda suficientemente pertrechada, al menos en relación con el nivel exigible en materia de derechos subjetivos.

Recogiendo estas ideas, Fernández Tomás afirma que “sería una verdadera lástima que la agitación de conciencias e intelectos desatada por a

aprobación de la Carta no pudiera ser utilizada para mejorar, ante el ordenamiento comunitario, la situación jurídica del particular, cuya capacidad de recurso es hoy notoriamente escasa. Y produce cierta decepción que la cuestión no haya aflorado suficientemente durante el debate «constituyente» de la Carta”.⁶²

Efectivamente, el debate en torno a la naturaleza jurídica y el grado de vinculatoriedad de la Carta pasó de puntillas sobre “la escasez y precariedad de las vías comunitarias de recurso disponibles por los particulares para lograr una protección de sus derechos subjetivos frente a la acción comunitaria de las instituciones”.⁶³ Y ello es aún más notorio cuando ha sido el propio TJ el que ha venido advirtiendo de que

el control del respeto de los derechos fundamentales eventualmente previstos en el tratado no constituiría una función nueva para el Tribunal. Cabe preguntarse, sin embargo, si el recurso de anulación previsto por el artículo 173 del tratado de CE y por las disposiciones concordantes de los otros tratados, que no es accesible a los particulares más que respecto a los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus

⁶² Fernández Tomás, A., “La Carta...”, p. 29.

⁶³ *Ibidem*, p. 30.

derechos fundamentales que puedan resultar de la actividad legislativa de las instituciones.⁶⁴

Aparicio Pérez hace referencia a otro tipo de cautelas no menos trascendentes. Se refiere este autor al marcado contenido personalista universal de la Carta, que “deficiencias técnicas al margen, no se aviene con las pretensiones que pudieran activarse frente a una organización política supraestatal con componentes propios del funcionamiento del Estado Social”. Así es:

los derechos sociales que se insertan o se quedan en la categoría de principios o aparecen como fórmulas que deben ser abastecidas por lo Estados miembros. Con ello, se pierde gran parte de la función legitimadora del sistema puesto que, en cierta forma, la Unión Europea se desprende de cualquier función mediadora y/o reguladora del conflicto social y se muestra, al margen de esas pretensiones, como un gran ingenio técnico para la consecución de fines básicamente económicos al servicio de los grupos empresariales más poderosos.⁶⁵

⁶⁴ Afirmaciones contenidas en Informe del TJ “sobre ciertos aspectos de la aplicación del TUE”, de mayo de 1995, citado en su versión francesa por Fernández Tomás, A., “La Carta...”, p. 30.

⁶⁵ Aparicio Pérez, M. A., *op. cit.*, nota 36. Añade el autor que por la misma razón “los derechos más directamente ligados a la

C. Niza en Roma: el alcance de la Carta de derechos fundamentales como norma de derecho primario

Como acabamos de comprobar, las carencias de la Carta de Niza se sitúan desde su misma aprobación más allá de la discusión sobre su reconocimiento como listado meramente declarativo. Es más, precisamente dicho carácter fue relativizado de manera inmediata por la jurisprudencia no sólo del TJ sino incluso de diversos tribunales nacionales. Concretamente, en su sentencia STC 292/2000 del 30 de noviembre de 2000, el tribunal constitucional español, incluso antes de la firma y promulgación de la Carta hace referencia, en el marco del mandato del artículo 10.2 de la Constitución, a la “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo artículo 8o. reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto” —refiriéndose a la protección de datos— (Fundamento Jurídico 8o.).

Por ello, no es de extrañar que su incorporación como parte II del fallido tratado constitucional (y,

participación política (aquellos que, en el fondo, escenifican el ejercicio de la soberanía popular) quedan reducidos al mínimo de las elecciones al parlamento europeo y al ejercicio de un derecho de petición, por lo demás bastante prescindible”.

si no hay cambios de última hora, del tratado de reforma llamado a sustituirlo), pese a que debía haber supuesto su definitiva consagración normativa, haya generado numerosas reacciones críticas.

Sin duda una de las más contundentes, es la de Cruz Villalón, para quien la Carta sería poco más que un “convidado de piedra” del tratado constitucional. Señala el autor que la Carta está literalmente “incrustada”, en el sentido de que es alojada en el interior de ésta sin que se haga el menor esfuerzo de adaptar el resto de su texto a la nueva presencia. De este modo, la Carta resultaría “un documento *prescindible* en la medida en que dicha incorporación no se ha visto acompañada del sistema de protección de derechos actualmente vigente”.

Por el contrario, “dicho sistema se mantiene en pleno vigor «como si» la Carta no hubiera terminado encontrando cabida en el seno del ordenamiento de la Unión. Hasta aquí podríamos llegar a la conclusión de que en el Tratado constitucional conviven dos sistemas de derechos: el hasta ahora construido gradualmente y el propio de la Carta. Y es así, sólo que no conviven en posición de igualdad”.⁶⁶

Pero la crítica no se detiene ahí. La Carta contendría una serie de “artículos de claudicación” que

⁶⁶ Cruz Villalón, P., *op. cit.*, nota 34, p. 120.

la convertirían en una Carta *transparente*. El autor considera que el principio de “no molestar” manifestado en su original carácter meramente declarativo se torna en un principio de “no innovar”. Concretamente se trata del artículo II-55.2 del Tratado (“los derechos reconocidos por la presente carta que se mencionan en otras partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados en éstas”). Y también del artículo II-52.3 (“en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa”). Este precepto, señala el mismo autor, se parece al 10.2, CE, pero con una gran diferencia: no se prevé un instrumento de interpretación sino un mandato de identidad: su sentido y alcance serán *iguales*. De este modo, los derechos más clásicos, lo que menos probabilidad hay que se encuentren en otras partes de la Constitución, son los del Convenio, los mismos literalmente. Su sentido y alcance no es el mínimo, como se entiende entre nosotros, sino el mismo. Bien es verdad que se concluye diciendo que el derecho de la unión puede rebasar los estándares del convenio,

pero esto deberán hacerlo otras partes de la Constitución o el derecho derivado, no la Carta.⁶⁷

Al margen de este tipo de cláusulas, hay que recordar que el *presidium*, que no la Convención, se encargó de redactar una serie de “explicaciones a la Carta” con el objetivo de restringir la labor del intérprete. Se trata de lo que eufemísticamente se ha llamado “control preventivo de la interpretación judicial futura”.

Los preceptos transcritos hablan por sí solos. Vendrían a poner de manifiesto, en palabras de Martínez Sierra, que lo que se intentó fue una “esquizofrénica cuadratura del círculo”, que pretendía mantener el equilibrio del reconocimiento de derechos de forma abstracta con su inclusión en la Constitución, de manera que la única salida pasaba por limitar su contenido, interpretación, aplicabilidad y justiciabilidad”.⁶⁸

Por otra parte, junto con el tipo de limitaciones “claudicantes” recién referidas, se encontraría “el hecho de la inexistencia genérica de bases jurídicas habilitantes en la parte tercera de la Constitución que permitan al poder constituido desarrollar los

⁶⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁸ Martínez Sierra, J. M., “La Carta de los Derechos Fundamentales: dos pasos atrás y uno al lado”, en varios autores, *La Constitución destituyente de Europa. Razones para otro debate constitucional*, Madrid, Catarata, 2005, p. 99.

derechos contenidos en la Carta”. Escudándose en una necesaria, esta vez sí, autolimitación competencial, se ignoraría de este modo “que una Carta constitucional de derechos no es solamente un límite negativo al poder, sino también la justificación y legitimación de éste, que debe tomar medidas de desarrollo y plena satisfacción de los derechos”.⁶⁹

Si recordamos, la Carta, lejos de asegurar que el legislador comunitario pueda reforzar la posición de los titulares de los derechos recogidos en ella, se encarga de ahuyentar todo posible fantasma mediante, entre otras, la cláusula de no afectación competencial.

D. *¿No serán otros los parámetros del debate?*

El alud de objeciones referidas a la Carta, de las que sólo nos hemos referido a algunas de ellas, nos ha de llevar a concluir que quizás el verdadero debate no deba situarse en los términos concretos en que se plasman y se garantizan los derechos en el ámbito comunitario.

Cualquier reflexión sobre la salvaguarda de derechos fundamentales en un determinado contexto político y normativo no puede agotarse en el plano del nivel de protección, de modo que una vez cons-

⁶⁹ *Ibidem*, p. 101.

tatada la existencia de un nivel satisfactorio se dé por cerrado el análisis. Al lado del estándar de garantía, o mejor dicho, de manera previa, se sitúa el cómo de la protección desde una perspectiva procedimental, desde la consideración de los derechos fundamentales como derechos no sólo de resultado sino de procedimiento. El procedimiento, los cauces existentes para la elaboración normativa y para el control de dicha actividad, define el contenido más profundo de tales derechos.

Otra cosa sería partir de la idea de que los derechos fundamentales son una especie de realidades reveladas que deben ser materializadas jurídicamente. Desde esta concepción, lo importante no es el modo en que se materializan, sino el hecho de su materialización.

Llegamos, como no podía ser de otro modo, a la vieja discusión referida a la relación entre democracia y derechos: ¿democracia para garantizar derechos o derechos para garantizar democracia? Habermas nos adentra en el debate a partir del intento de ofrecer una explicación del concepto político de legitimidad. Tras constatar que la teoría política ha dado a la cuestión de la legitimidad una doble respuesta, la soberanía popular y los derechos humanos, y que, no obstante, no ha podido lograr un compromiso válido a la tensión que se da entre ambos elementos (entre la “libertad de los

antiguos” y la “libertad de los modernos”), el autor asevera que “el buscado nexo entre soberanía popular y derechos humanos consiste en que los derechos humanos institucionalizan la condiciones comunicativas para la formación de una voluntad política racional. Los derechos que hacen posible el ejercicio de la soberanía popular no pueden ser impuestos al ejercicio de la misma como restricciones externas...”⁷⁰

El autor parte de que la autonomía privada y la pública se presuponen mutuamente. Por ello, “la conexión interna entre democracia y Estado de derecho consiste en que, por una parte, los ciudadanos sólo pueden hacer un adecuado uso de su autonomía pública si gracias a una autonomía privada simétricamente asegurada son suficientemente independientes, y por otra, en que sólo pueden alcanzar un equilibrado disfrute de su autonomía privada si, como ciudadanos, hacen un adecuado uso de su autonomía política”.⁷¹

Puesto que los derechos fundamentales son realidades previas, puesto que no se puede desligar democracia de derechos fundamentales, y puesto que en un contexto de democracia representativa el ele-

⁷⁰ Habermas, J., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 150-153.

⁷¹ *Idem.*

mento a asegurar es el de los controles sobre el poder político que ostenta dicha representación, el debate es falso si se limita a describir los mecanismos de garantía de los derechos en términos de idoneidad para conseguir un nivel de protección satisfactorio.

Desde esa limitada perspectiva nunca se puede llegar al interior de la dinámica que se enjuicia, al motor que la mueve. Un “buen” listado de derechos, que escapara de la “esquizofrenia” anteriormente mencionada, a lo sumo resultaría satisfactorio en términos coyunturales o, si se prefiere, como cobertura externa, pero no estructuralmente. Como mucho podría llegar a ofrecer alguna respuesta aceptable a supuestos individuales, para la resolución de conflictos puntuales. Es esta seguramente una de las razones que empujan al Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) a no acabar de abandonar una perspectiva de coyuntura (recogida por la noción *Solange* de sus sentencias de 1974 y 1986, *en tanto que*). Si bien es cierto que la sentencia *Maastricht* (del 12 de octubre de 1993) se despoja de los términos condicionales de sus anteriores pronunciamientos para dar una respuesta general partiendo de la definición de la función que debe cumplir en cualquier caso el TCF frente a la normativa comunitaria (“garantizar *de modo general* un nivel de derechos fundamentales irrenunciable”), la respuesta sigue siendo coyuntural

en cuanto sujeta al tipo de protección que en un momento determinado se ejerza en el nivel comunitario: se acepta la primacía comunitaria hasta un cierto límite (aunque sea configurado como límite general), *en tanto que* ese límite no se rebase.

Así las cosas, el panorama no sería otro en caso de procederse sin más a la adhesión de la UE al CEDH (tal y como se prevé en el Tratado constitucional), ya que igualmente se estaría hurtando el debate relativo al modo en que los derechos en dicha Convención plasmados son interpretados y protegidos. Y de hecho es esa la situación, como hemos podido comprobar, generada tras la aprobación de la Carta de Niza: nos hallamos ante un reconocimiento aislado de una serie de contenidos, sin conexión verdadera con el contexto en que deben desplegar sus efectos.

¿Dónde ha de situarse el debate? Lo que importa es descifrar el modo, los elementos que participan en la configuración de las posiciones subjetivas que dan cabida a los distintos derechos. Es ahí donde adquiere toda su relevancia el hecho de entender el carácter multinivel de los distintos centros de poder en los que de manera simultánea se inscribe el sujeto. Ello nos traslada a la comprensión de los términos de la interrelación, de la afectación mutua entre los ordenamientos presentes. Una vez descritas las maneras en que esa interrelación se

desarrolla, nos habremos acercado al modo en que se conforman los derechos y a los términos en que debe desarrollarse su aplicación concreta. Sólo entonces podrá valorarse en qué medida los derechos están o no convenientemente protegidos. Es entonces cuando puede cobrar verdadero sentido la necesidad de abordar el debate sobre la elaboración y vigencia de una Carta comunitaria de derechos llamada no sólo a servir de pauta en la elaboración y aplicación de la normativa tanto comunitaria como estatal (e infraestatal), sino a proporcionar un eficaz mecanismo de integración no sólo jurídica sino también política y social, de ahí la importancia del modo en que se haya elaborado y aprobado la citada Carta y, en general, de la existencia y vitalidad de espacios participativos suficientes en las distintas esferas de poder.

En definitiva, y en palabras de López Pinza y Gutiérrez, “la pregunta por la garantía y el futuro de los derechos debe ser respondida... desde la más extensa dinámica política. Porque los derechos fundamentales no son algo dado, sino logrado; entroncan con poderes sociales que los imponen y los sostienen”.⁷²

⁷² López Pina A. y Gutiérrez, I., “Sobre los derechos fundamentales en Europa”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 488.

4. *¿Supremacía o primacía? La interrelación entre el ordenamiento europeo y los estatales*

A. Introducción

La reflexión sobre el modo en que se ha querido construir un sistema de protección de derechos para la esfera comunitaria nos expresa con claridad hasta qué punto resulta imprescindible partir de una específica comprensión del modo en que se interrelacionan los distintos ordenamientos jurídicos en presencia.

Hasta ahora fundamentalmente se podría hablar de dos grandes tendencias: la que sigue apostando por una comprensión monista, unitaria, de la relación inter-ordinamental y la que se decanta por una perspectiva pluralista, compleja.

Un análisis a fondo de esta cuestión he podido realizarlo en otro lugar,⁷³ de manera que, y dado su carácter de cierre inevitable a las reflexiones aquí efectuadas, me limitaré a apuntar simplemente los grandes caracteres de una y otra opción.

⁷³ Concretamente en mi trabajo de tesis doctoral, defendida en julio de 2002, que lleva por título “Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El artículo 93 CE como cláusula de apertura a la interrelación interordinamental en un marco pluralista”.

B. *El enfoque monista*

Lo primero que hay que señalar es que, a su vez, puede ser de dos tipos: monismo estatalista (o soberanista) y monismo comunitarista.

La perspectiva comunitarista parte de la incondicional primacía del derecho comunitario sobre cualquier normativa de origen estatal, considerada como jerárquicamente subordinada. Dicha primacía se concibe como resultado de un proceso de *constitucionalización* de los tratados constitutivos de las Comunidades europeas, entendidos como *norma normarum* de un ordenamiento con su propio fundamento de validez y con capacidad de vincular jurídicamente no sólo a los Estados sino también y de manera inmediata a los individuos. Tales son los presupuestos en los que basa su jurisprudencia el Tribunal de Luxemburgo.

El giro jurisprudencial fue claro a principios de la década de los sesenta: los tratados constitutivos pasan de tener una posición como creadores de un “un ordenamiento jurídico de derecho internacional” (sentencia *Van Gend en Loos*, del 5 de febrero de 1963) a ser el origen de un “ordenamiento jurídico propio” (sentencia *Costa/ENEL*, del 15 de julio de 1964). En una resolución posterior, el Dictamen 1/91 sobre la incorporación de la Comunidad al Espacio Económico Europeo, el TJ volvió

a pronunciarse dando un paso más al señalar que “aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional — el TCEE —, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de derecho” (Dictamen 1/91 sobre el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, del 14 de diciembre de 1991, Rec. I-6079).⁷⁴

Según los planteamientos soberanistas o estatistas, el fundamento último de la aplicación del derecho comunitario reside en los preceptos constitucionales de cada Estado miembro: son las cláusulas de apertura de las distintas Constituciones las que habilitan al ordenamiento comunitario para ocupar la posición que ocupa. De esta forma, el respeto de las previsiones constitucionales, al menos de las que deban ser consideradas como *núcleo intangible*, identificado con la idea de soberanía estatal, se constituye como límite a la integración. Sin duda una de las muestras más acabadas de este planteamiento, lo constituye la doctrina del Tribunal Constitucional alemán (TCF) en su sentencia del 12 de octubre de 1993, asunto *Maastricht*, donde remarca que los Estados son los “dueños de los Tratados” (*Herren der Verträge*) y que la Unión

⁷⁴ Previamente, en 1986, el TJ también se había referido al Tratado de la CEE en términos de “carta constitucional fundamental”. Sentencia del 23 de abril de 1986 (Les Verts I, asunto 294/1983, Rec. 1986, p. 1365).

Europea no es más que una “Unión de Estados” (*Staatenverbund*).

Como puede comprobarse, ambas perspectivas, comunitarista y soberanista, son de carácter monista puesto que conciben la relación entre ordenamientos a partir de la vigencia del principio de unidad ordinamental, asegurado por la presencia de una norma jerárquicamente superior, los tratados, en el primer caso, la constitución estatal, en el segundo.

La unidad ordinamental se erige, en ambos casos, como presupuesto ontológico: sólo desde la unidad podemos esperar soluciones jurídicas a los conflictos; sólo la unidad garantiza la juridicidad.

C. La visión pluralista

La visión pluralista surge como reacción ante lo que se entiende como incapacidad de los enfoques monistas a la hora de describir las verdaderas implicaciones del proceso de integración europea. Por un lado, difícilmente puede aceptarse la desnuda primacía comunitaria en el seno de una realidad institucional y normativa que no sólo nace del acuerdo entre los estados, sino que depende de sus instituciones en su funcionamiento, tanto en la vertiente de la creación normativa como en la de su ejecución. Por otra parte, tampoco la proclamación

de la intangibilidad de los dictados de los textos constitucionales estatales permite advertir el grado de las transformaciones que la integración conlleva en espacios clave del ordenamiento estatal, en especial en materia de derechos y libertades y respecto del equilibrio entre poderes.

Así, situados de momento en el plano meramente descriptivo, se parte de la comprensión de que el proceso de integración ha venido consolidando una dinámica de interrelación ordinamental abierta, plural, asimétrica y heterogénea, en función de los ámbitos materiales afectados, el ordenamiento estatal de que se trate, el momento histórico, etcétera. Se rechaza entonces la existencia de dos lógicas teóricamente contradictorias, la de la integración y la de la soberanía estatal, apostando por una explicación de la interrelación de dos realidades que, referidas ambas a unos mismos destinatarios finales, no pueden ser entendidas la una sin la otra. Se trata de dos perspectivas, la comunitaria y la estatal, que, en el estadio actual del proceso de integración, y en el contexto de la posición del Estado en el marco de la globalización, interactúan en el marco de una dinámica circular en la que la comunidad transforma una realidad estatal que, transformada y en transformación, forma parte de la esencia que define la naturaleza de ese ente de carácter supraestatal.

D. La distinción entre supremacía y primacía como correlato de validez y aplicabilidad

Como es de sobras conocido, la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004⁷⁵ (DTC 1/2004) ha venido a solucionar la (al menos) aparente contradicción entre los artículos 9.1 CE y I-6 del Tratado Constitucional mediante el recurso a la clásica distinción entre validez y aplicabilidad, trasladados a las nociones de supremacía y primacía. Se trata de una solución tan expeditiva como, en mi opinión, errónea.

A modo de mero recordatorio, bastará con recordar los principales argumentos empleados por el TC: en el FJ 3o., señala el TC que la primacía del ordenamiento europeo consagrada en el artículo I-6 “no se afirma como superioridad jerárquica sino como una «exigencia existencial» de ese derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados”. No sería, por tanto, “una primacía de alcance general,

⁷⁵ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, del 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. *BOE*, núm. 3, Suplemento del 4 de enero de 2005.

sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión”, competencias delimitadas con arreglo al principio de atribución (artículo I-11.1 del Tratado). En este sentido, la primacía vendría a operar, “por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de «retirada voluntaria» previsto en el artículo I-60 del Tratado”.

Por medio de tan sencillo expediente, el TC introduce la distinción entre “primacía” y “supremacía”, afirmando que son

categorias que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente.

(FJ 4o.). A partir de ahí, la consecuencia es que “toda supremacía implica, en principio, primacía... salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93” (FJ 4o.). Así zanja el TC la cuestión. Parece coincidir el alto Tribunal con Solozábal cuando afirma éste que algo distinto conllevaría “una especie de disolución del Estado español, como orden político interno y soberano, en un sistema político, en puridad en una nueva organización política o superestado que lo substituiría”. Tal transformación supondría una verdadera reforma constitucional, imposible de llevar a cabo sin cambiar la Constitución. Naturalmente lo que ha de decirse es que esa transformación del Estado no es posible y que por lo tanto no cabe presentarla como un objetivo llevado a cabo a través del tratado constitucional”.⁷⁶

Como este mismo autor reconoce, “cierto es que la prevalencia del derecho europeo se establece en la

⁷⁶ Solozábal, J. J., *op. cit.*, nota 30, p. 189.

Constitución europea y no en la española; pero se trata de una cláusula más declaratoria que constitutiva”. Por todo ello, concluye, su ratificación se atiene escrupulosamente a los términos establecidos en nuestra Constitución en su artículo 93.⁷⁷

Sea como sea, la Declaración 1/2004 sirve para que el TC se reafirme en una posición claramente tributaria de las posiciones monistas anteriormente descritas.

Pese a la sencillez del argumento, o precisamente a causa de ella, debemos considerar que hubiera sido más adecuada otra solución, no basada en la distinción formal (y formalista) entre validez y aplicabilidad. El problema fue advertido hace unos años por López Basaguren cuando afirmaba que nos hallamos ante la “aporía entre el principio de supremacía constitucional y el principio de primacía del derecho comunitario”,⁷⁸ la pugna entre integración y soberanía.

La respuesta al planteamiento del TC puede ser la siguiente: lo que se produce en su argumentación es un desfase entre la descripción del *cómo* se integra según el TC el derecho comunitario, y el

⁷⁷ *Ibidem*, p. 191.

⁷⁸ López Basaguren, A., “¿Réquiem por la Constitución? El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria”, *Civitas Europa*, núm. 2, 1999, pp. 7-30.

cómo se establece verdaderamente dicha realidad normativa en el seno del ordenamiento interno.

Planteadas así las cosas, podría pensarse que ese desajuste tiene su origen en la siguiente distinción: por un lado, debería hablarse de la vía por la cual se le da acceso al sistema jurídico comunitario para devenir derecho aplicable dentro de nuestro territorio; por otro lado, una vez acondicionado el acceso, llegaría el momento de su asentamiento definitivo, que podría divergir del modo en que formalmente se le dio acceso, pues dependería de circunstancias ajenas al sistema de acogida.

En los términos expresados, nos hallaríamos simplemente ante dos momentos distintos que explicarían el desfase referido sencillamente por un motivo de tipo cronológico. Pero no es así. La puerta de entrada que nuestro sistema constitucional ofrece a la integración dentro del fenómeno comunitario no constituye sin más una primera fase dentro de ese proceso. No es un requisito formal desligado de las consecuencias a que da pie. No existe en realidad cesura cronológica entre el momento en que se ejercita la posibilidad que otorga el artículo 93 de la CE y el de la incorporación del ordenamiento comunitario como derecho aplicable en nuestro territorio, de modo que el *cómo* de la entrada es el *cómo* de su asentamiento, sin que sea posible establecer una línea imaginaria que los separe.

¿Dónde está el desajuste? Precisamente entre la descripción de los efectos (una primacía querida por la suprema norma) y los efectos de la integración normativa que en realidad se produce y que nuestro sistema constitucional acoge (un proceso constante de interrelación donde lo de menos son puntuales, y hasta ahora siempre reconducidas, contradicciones explícitas).

Parte pues el TC de una aparente separación ordinamental. Aparente, ya que cuando lo que está en juego es la salvaguarda de algún mandato constitucional, dicha separación se diluye para subordinar las previsiones comunitarias a los dictados constitucionales al menos por lo que a su aplicación en territorio estatal se refiere.

No existe pues total separación, y allí donde ambos órdenes se unen, intersección que en el nivel institucional está representada por las administraciones y por los órganos judiciales del Estado miembro, la preeminencia corresponde, en principio en términos absolutos, a los dictados de la Constitución. De este modo la referencia explícita a la *primacía* del derecho comunitario *sobre el derecho nacional* en las materias objeto de la cesión competencial en realidad se halla delimitada por el contenido material de los mandatos constitucionales. Y no se trata tan sólo de una intersección ins-

titucional, sino que, ante todo, es una intersección normativa: dos órdenes normativos distintos coinciden en un mismo territorio y respecto de unos mismos destinatarios.

Esa aparente separación ordinamental se estructura a partir de un también ficticio deslinde entre las nociones de validez y aplicabilidad: dicho deslinde es ficticio por cuanto de poco sirve que se respete que cada ordenamiento establezca sus propios criterios de validez cuando uno de los dos es, en último extremo, el único encargado de fijar los criterios de la aplicabilidad para ambos. El esquema resultante de todo ello es que el TC asienta con convicción su papel como máximo garante de las previsiones constitucionales, también frente a la normativa comunitaria, aceptando escasas modulaciones. En el trasfondo de lo que venimos analizando se halla una concepción enraizada de cuál es la posición del ordenamiento constitucional y de su máximo garante frente a la incorporación de normativa “externa”. El verdadero problema de los planteamientos del TC va mucho más allá, evidentemente, de las contradicciones lógicas: la hondura de las transformaciones que el proceso de integración comunitaria lleva consigo, hace que las carencias que las visiones de tipo monista tienen en el plano descriptivo se tornen en incapacidad a la

hora de hacer frente a las exigencias del constitucionalismo en el contexto contemporáneo. De lo que se trata es pues de proponer un planteamiento teórico distinto, que tenga capacidad de descripción, para luego poder llegar a planteamientos de tipo prescriptivo.

Frente a esta situación se impone la consideración por parte del TC de las verdaderas dimensiones del proceso de integración, para así poder valorar hasta qué punto es insuficiente una previsión como la del artículo 93 de la CE para poder legitimar constitucionalmente el tipo de efectos de la integración supranacional realmente existente.

Se trata por tanto de reconocer como hecho la dimensión pluralista de las relaciones interordinamentales y, a partir de ahí, de prever los cauces democráticos y las exigencias sustanciales que, en ambos ordenamientos, sienten las bases para la realización de un verdadero orden público constitucional complejo, en el sentido apuntado al iniciar este trabajo.

E. A modo de cierre (provisional)

El debate no debería, ni mucho menos, darse por zanjado, o por pospuesto por el mero hecho de que finalmente el tratado constitucional vaya a ser sustituido por un “mero” tratado de reforma en

el ha desaparecido toda alusión al carácter constitucional del entramado normativo e institucional europeo. Tras las formas, y bien amparado por la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo, se seguirá desarrollando un orden público comunitario cuya trascendencia político-jurídica nos obliga a situarlo en el núcleo del debate y de las exigencias de tipo constitucional.

Una comprensión pluralista de las implicaciones constitucionales de la integración supranacional es útil fundamentalmente si es adoptada, según se dijo, como punto de partida descriptivo desde donde elaborar una aproximación prescriptiva. A lo largo de las páginas precedentes, avanzar en la perspectiva multinivel de comprensión constitucional de la relación entre ordenamientos y en la protección de los derechos, es la propuesta que entendemos más ajustada al contexto que vivimos. Ahora bien, ciertamente se está todavía lejos de alcanzar un modelo que responda de manera clara principios constitucionales.

Cuando los tribunales constitucionales se resisten a renunciar a tener la última palabra en el supuesto de un conflicto interordinamental que ponga en peligro la vigencia de los principios constitucionales recogidos en la Constitución (de la que son guardianes y máximos intérpretes), se equivocan

sólo en una cosa: transformado el contexto en el que la Constitución está llamada a actuar, debe transformarse igualmente la tarea de dichos tribunales, para pasar a preocuparse no tanto por la efectividad de la Constitución estatal sino por la vigencia del constitucionalismo, una vigencia que en la actualidad ya no puede quedar asegurada en el estricto marco estatal.

Ahora bien, no ha de bastar con ser capaces de encontrar una explicación distinta, sino que, como se ha insistido, tal explicación se pretende jurídica, y no sólo eso, se pretende jurídico-constitucional. La idea de partida, es que dicha explicación pueda demostrar que la realización de los principios del constitucionalismo, y entre ellos la realización de los derechos fundamentales, cabe en un contexto distinto que el exclusivamente estatal. En caso de no ser posible, dejará de tener sentido que podamos hallar una respuesta mejor que las ensayas desde perspectivas monistas, porque en realidad la tarea más importante pasará a ser otra: trazar el camino que asegure la “vuelta al Estado”, esto es, que frene el actual discurrir del proceso comunitario y lo reconduzca o bien hacia una recuperación efectiva del control estatal de las decisiones comunitarias, de la conformación del ordenamiento y del propio proceso de integración; o bien hacia una rápida con-

formación de una realidad estatal europea de corte federal.

Contamos, no obstante, con algunos elementos del modelo a construir. En primer lugar, como se ha tratado de argumentar, la incorporación de declaraciones de derechos y deberes en las recientes reformas estatutarias, sobre todo en los casos de Andalucía y Cataluña, puede considerarse, a pesar de sus límites, un paso en esta dirección. Sólo por eso deberían recibirse, antes que como ataque a la ortodoxia jurídica, como una coherente actualización del principio impuesto para las leyes básicas de cualquier sociedad por el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789.⁷⁹

En segundo lugar, en el ámbito europeo, existe una conciencia constitucional crítica que va tomando forma, y buena prueba de ello es la operación cosmética a la que tenido que someter, en buena medida con la intención de volver a una discusión de difusa supranacionalidad desconectada del discurso constitucional, a la *non-nata* Constitución europea. Como ya se ha dicho, no podemos abandonar la convicción de que el ejercicio de poder público o privado en cada una de las distintas

⁷⁹ “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”.

escalas de poder existentes sólo puede resultar legítimo si va acompañado de adecuados controles democráticos y de un sistema de derechos que establezca límites e imponga vínculos a su actuación. Todo ello obliga a repensar la función integradora de la Constitución, vinculándola a la proyección y profundización del principio social y del principio democrático en diferentes escalas territoriales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ, E., “Las reformas territoriales en Alemania y España y la sostenibilidad del paradigma autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006.
- APARICIO PÉREZ, M. A., “Derechos fundamentales vs. Constitución europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, 2007.
- , “Repensar los *topoi* del constitucionalismo. Cuestiones para el debate sobre el proceso constituyente europeo”, en GÓMEZ CORONA, E. *et al.* (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004.
- y BARCELÓ, M., *Los derechos públicos estatutarios*, versión provisional facilitada por los autores.
- y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: “Hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos””, *El Clip*, julio de 2007.

- (ed.), CASTELLÀ, J. M. y EXPÓSITO, E. (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, Atelier, 2005.
- ARAGÓN, M., “El modelo territorial del Estado en España y sus problemas actuales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BIGLINO CAMPOS, P., “¿De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales?”, *REP*, núm. 97, 1997.
- BILANCIA, P. y PIZZETTI, F. G., *Aspetti e problema del costituzionalismo multilivello*, Milán, Giuffrè Editore, 2004.
- BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1994.
- BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución en red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, IVAP, 2005.
- CABELLOS, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Madrid, CEPC, 2001.
- CABO MARTÍN, C. de, “Las fuentes del derecho: apunte sistemático”, *Estudios de derecho públi-*