

# LA SUAVE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: DERECHOS QUE NO SON DERECHOS

A propósito de la STC 247 /2007 de  
12 de diciembre

La sentencia del Tribunal Constitucional ante el recurso planteado por el Gobierno de Aragón sobre la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su art. 17.1 ha cobrado, por razones varias, un alcance muy superior al que podría sugerir la inocencia de su enunciado.

Es bien conocido que la reforma de dicho Estatuto se produce, con cierto aire de anticipación, en un contexto de notable protagonismo en la política nacional de grupos políticos de signo nacionalista e incluso independentista, catalanes, coincidente con iniciativas de similar signo planteadas, de forma políticamente aún menos consensuada, en el País Vasco. Lo que confiere, sin embargo, a la sentencia un particular alcance es la prolijidad y aparente ambición de sus fundamentos, que, más allá de lo procesalmente indispensable (lo impugnado es un artículo aislado), aspiran sin disimulo a sentar los cimientos para la futura solución de recursos de mayor enjundia, fácilmente previsibles en lo que en las alegaciones recogidas por la propia resolución se presenta como una tercera etapa de la configuración del Estado de las Autonomías<sup>1</sup>.

---

Andrés Ollero es catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

<sup>1</sup> El Abogado del Estado considera que "la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, ha inaugurado un nuevo ciclo de reformas estatutarias, el tercero tras la promulgación de la Constitución" -A.7 (1). Al citar pasajes de la STC 247/2007 de 12 de diciembre, añadimos al final entre paréntesis un ordinal que identifica el párrafo del epígrafe aludido.

Los fundamentos jurídicos pretenden esbozar el actual *status quaestionis* de un modelo de Estado al que se califica de compuesto y complejo<sup>2</sup>. Esto da pie a motivos de reflexión capaces de alimentar un interesante debate jurídico-administrativo, que aparte de exceder del propósito de nuestro análisis, podemos ya dar por realizado.

Los problemas que, a mi modo de ver, pueden centrar la atención de una reflexión de cariz más propiamente teórico-jurídico serían:

- La inevitable tensión en que se encuentra el Tribunal entre su deber de garantizar las exigencias derivadas de la obligada *rigidez* del marco constitucional y el no menos necesario juego del *principio de conservación de la norma*. Fiel a éste, el Constitucional se inhibe para respetar los legítimos ámbitos de acción de los poderes del Estado, evitando así convertirse en ‘tercera cámara’ legislativa.

- La plétora de conceptos que emergen al abordarse la cuestión de si los Estatutos de Autonomía pueden incluir el reconocimiento, proclamación o establecimiento de derechos; a saber: derechos constitucionales, derechos fundamentales, derechos de primera, segunda o tercera generación, derechos estatutarios, derechos subjetivos, justiciabilidad de unos y otros derechos, principios jurídicos, políticas, principios rectores, mandatos al legislador o a los poderes públicos en general, posiciones jurídicas o condiciones básicas de los ciudadanos.

- El trasfondo teórico jurídico, consciente o no, que lleva a plantear directa o indirectamente cuestiones tales como: el papel de las normas y de los principios dentro del ordenamiento jurídico (con posible deriva *normativista*); la relación de los derechos con principios, normas y ámbitos de competencia; la relevancia y alcance de la labor judicial; la relación entre validez y eficacia jurídicas.

<sup>2</sup> En el F.4 a) (4) se alude a “una concepción amplia y compleja del Estado, compuesto por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial dotadas de autonomía”; mientras que el F.5 (2) anima a “tener en cuenta que nuestra Constitución prevé un Estado *compuesto* o *complejo*”.

## DERECHOS Y COMPETENCIAS

Llama, de salida, la atención cierta disparidad de enfoque entre las alegaciones previas a la fundamentación de la sentencia, que aportan los recurrentes, el Abogado del Estado, etc., y las expuestas por el Tribunal en su resolución. Mientras las primeras se centran de modo prioritario en el carácter y viabilidad de los derechos ciudadanos en juego, en los posteriores fundamentos jurídicos son los ámbitos competenciales los que cobran tan singular protagonismo que parecen acabar engullendo a los derechos mismos.

Ello obliga a plantear como primera cuestión si cabe entender que son los derechos ciudadanos (cuya igualdad proclama de modo solemne el artículo 139.1 CE<sup>3</sup>) los que deben condicionar el juego de las competencias, o si por el contrario serán éstas las que acaben determinando de qué derecho será realmente titular (?), o más bien mero beneficiario, el ciudadano de turno. El Tribunal parece mostrarse más sensible a las competencias que a los derechos. La diversidad de competencias genera inevitablemente desigualdad de derechos<sup>4</sup>. Quizá por ello se echen en falta decisivos matices que llevarían a distinguir derechos capaces de condicionar normas, derechos que serían mero resultado de las normas o incluso posiciones jurídicas en las que nos podemos encontrar situados con ocasión de la aplicación de las normas. Parece obvio que no es lo mismo ser desiguales en las últimas que en los primeros.

No acaba quedando como consecuencia claro si, al hablar de derechos, nos referimos a contar o no con la oportunidad de celebrar el disfrute de determinados resultados favorables a nuestros intereses, o si, por el contrario,

<sup>3</sup> "Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado".

<sup>4</sup> Dado que "nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial", es posible que "la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos". "El art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada" -F.13 a) (3) y (4).

nos estaríamos refiriendo a contar con un título de justicia que nos habilitaría para exigir el disfrute de tales resultados.

La respuesta acaba enmarcada en el *normativismo*, que ha permeado sin mayor debate la formación de los juristas españoles durante más de un siglo. Entendemos por tal la tendencia a presentar el derecho como un ordenamiento compuesto exclusivamente por normas, que pasan de almacenarse meramente yuxtapuestas a acabar racionalmente trabadas gracias a su reelaboración doctrinal dentro de un *sistema*. La consecuencia es doble, al afectar a principios y derechos.

Los principios se ven reducidos a material gaseoso o polvoriento en suspensión, que sólo se convertirá en jurídico al posarse o encontrar acomodo en una norma. Los derechos aparecen, por su parte, como mera consecuencia o resultado de las normas mismas. Serían sólo la situación favorable en que una norma coloca a quien, sin ser titular de nada, se beneficia de los deberes que ella ha impuesto a terceros. No es necesario esperar a Kelsen, ya Bentham dejaba claro que el derecho civil no es sino el envés del derecho de verdad, el que impone deberes: el derecho penal<sup>5</sup>.

## DERECHOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS

Este planteamiento invita a considerar la *constitucionalidad* y la *legalidad* como ámbitos adosados, entre los que habría que establecer una problemática fron-

<sup>5</sup> Al respecto, el capítulo "A qué nos da derecho el derecho" de nuestro libro *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs.113 y ss., obra en la que cabrá encontrar también el trasfondo teórico de las afirmaciones más o menos provocativas del presente texto.

<sup>6</sup> Que teniendo "la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía" -15 d) (1).

<sup>7</sup> Refiriéndose al novedoso derecho al agua, se nos dirá que "el derecho estatutario así enunciado presenta como rasgo distintivo el de no ser ejercitable de modo directo e inmediato en vía jurisdiccional, pues sólo podrá serlo cuando los poderes autonómicos lo instrumenten y, aun ello, de acuerdo con la Constitución, la legislación estatal o la ley, estatal o autonómica, según los casos. Es decir, el art. 17.1 EAV, aunque formalizado en su dicción como derecho, se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los poderes públicos valencianos" -F.18 (7).

tera. A nadie puede extrañar pues la continua trifulca entre Tribunal Supremo y Constitucional a que tal punto de partida condena. La sentencia parece instalada en esta mentalidad cuando enfatiza la distinción entre derechos constitucionales<sup>6</sup> en sentido estricto y derechos estatutarios<sup>7</sup>, como si se movieran en mundos distintos sin mayor posibilidad de conflicto, a la vez que se engloba a unos y otros en una poco perfilada categoría de derechos subjetivos<sup>8</sup>.

Descubrimos así que la Constitución, si no muy sólida (como podremos ver), sí sería inequívocamente seca. La humedad se convierte en una aleatoria característica estatutaria, lo que explicaría que el derecho al agua no salpique ni de lejos al texto constitucional. Con idéntico fundamento cabría afirmar que la Constitución es sorda, ya que tampoco hay en ella una expresa referencia a esa contaminación acústica capaz de afectar a la intimidad domiciliaria. Este segundo asunto, como es sabido, no es nada pacífico, al haberse planteado el Tribunal todo lo contrario<sup>9</sup>, precisamente con ocasión de ciertos ecos provocados en plena *movida* valenciana.

Queda, sin embargo, fuera de discusión la presencia en el texto constitucional de un derecho “a disfrutar de un medio ambiente adecuado”, acompañado de la obligación de los poderes públicos de velar por “la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida” (artículo 45 CE). No faltó incluso, en el caso antes aludido, un voto particular concurrente, que echaba de menos una invocación expresa, lo que habría “edulcorado el *contenido ambiental* de los derechos fundamentales”<sup>10</sup> en general. Sin embargo, el Tribunal utiliza la obvia conexión que con él mantiene el derecho estatutario en litigio bien para minusvalorarlo<sup>11</sup>, aunque afirme que en modo alguno colisiona con él<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. F.14 (6), y 15 a) (2), b) (4) y (6), c) (4) y (6).

<sup>9</sup> En la STC 119/2001 de 24 de mayo.

<sup>10</sup> El del magistrado Jiménez de Parga, ponente de la sentencia antes citada; cursivas nuestras.

<sup>11</sup> “No goza de la triple condición que a los derechos constitucionales reconoce el art. 53.1 CE: regulación reservada a la Ley, respeto a su contenido esencial y vinculación a todos los poderes públicos”. En consecuencia, “no estamos ante un derecho que pueda ser incluido en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas”, que “son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo” –F.18 (3).

<sup>12</sup> El artículo estatutario “da cumplimiento a uno de los concretos contenidos posibles del precepto constitucional y lo hace con total respeto a lo en él establecido, como evidencia la expresa sujeción, que proclama, a la Constitución y a la legislación estatal” –F.20 a) (2).

Todo parecería pues indicar que la superficie de la Constitución es bastante más húmeda de lo que la astronomía jurídica hasta ahora había llegado a reconocer. A no ser que, como parece dar por hecho el Tribunal, establezcamos una nueva diferencia al detectar, entre derechos constitucionales en sentido estricto y derechos estatutarios, una curiosa vía láctea cuyos difusos contenidos, aunque alojados en la Constitución no merecerían realmente verse reconocidos como derechos. Entra así en juego otro de los problemas señalados: la relevancia que habría que atribuir a la *justiciabilidad* de unas exigencias ciudadanas, a la hora de reconocerlas o no como jurídicas.

## PRINCIPIOS RECTORES O DERECHOS

De convertirse, como parece, la posibilidad de recurso procesal en condición de la existencia real de un derecho, sería la acción procesal la que fundamentaría al derecho y no viceversa. El asunto suena quizá muy romanista, pero nos llevaría a descubrir que los llamados derechos de la segunda y tercera generación no serían en realidad derechos, sino puro aspaviento de la retórica globalizada. Nos encontramos así ante una doble posibilidad.

Cabe entender, desde determinado punto de vista, que todos los derechos recogidos en la Constitución son derechos, sin perjuicio de que por imperativo de la misma naturaleza de las cosas (si se nos permite la osadía iusnaturalista...) la operatividad de unos y otros sea forzosamente diversa. Es obvio que resulta más fácil garantizar la inviolabilidad del domicilio que el derecho a una vivienda digna; deducir de ello que lo segundo no constituye en realidad derecho alguno llevaría a incurrir en una demasía, de la que prefiero no hacerme responsable. Lo mismo cabría decir sobre el derecho a la salud o tantos otros.

Cabe, por el contrario, entender que derechos, lo que se dice derechos, sólo lo serían los provistos de amparo procesal; el resto serían más bien una loable sarta de buenaventuras sobre el futuro de la humanidad. Se empezó por recurrir a lo procesal para considerar derechos fundamentales, no a los capa-

ces de exhibir más sólido fundamento, sino a los que gozaran de la protección del recurso de amparo<sup>13</sup>, y parece concluirse negando que sin tan preciado recurso pueda hablarse con fundamento de la existencia de derecho alguno. El planteamiento brinda prometedoras pistas: si en la Constitución hay derechos que no son derechos, ¿por qué no podría haberlos también en los Estatutos? Al menos en retórica, lo que abunda no suele dañar.

De aceptarse la primera de las versiones, nada impediría que un Estatuto reconociera que, puestos a ejercer el derecho constitucional a disfrutar de los recursos naturales, los valencianos tendrían derecho a agua de calidad y a surtirse de los caudales de las cuencas excedentarias. El Tribunal lo toleraría sin duda, aunque no sin apuntar, en lo que tuviera de redundancia, que no resultaría ejemplar desde un punto de vista de técnica legislativa. Si, además, se añade que todo ello se llevará a cabo de acuerdo con la ley, la tautología estaría servida.

El Tribunal, sin embargo, opta por la tesis de los dos mundos: la Constitución con sus derechos, reales o nominales, y los derechos estatutarios. Fiel al adosado normativista, la clave radicaría en que los segundos sólo vincularían a los poderes públicos autonómicos. Con este planteamiento, no es sólo el agua la que entra en el mercado de los derechos, sino que (pensando quizá en el futuro) cabría también admitir otros derechos estatutarios, sin conexión clara con los constitucionales y quién sabe si incluso de difícil acomodo con ellos, si no fuera porque vivirían en espacios distintos. Los problemas creados son, sin embargo, poco disimulables. El Tribunal se muestra consciente, al menos, de uno de ellos.

## RIGIDEZ ESTATUTARIA Y DUCTILIDAD CONSTITUCIONAL

¿En qué medida podrían los derechos estatutarios generar desigualdades tan básicas como para afectar al artículo 139.1 CE? Una de las líneas ar-

<sup>13</sup> Así parece entenderlo el Tribunal que considera tales en el F.13 a) (1) a “aquellos que la Constitución recoge en su título I, capítulo II”. Son éstos los que “pueden calificarse de derechos fundamentales” y establecen “un principio de igualdad sustancial que no puede confundirse con un principio de uniformidad”.

gumentales suscritas invita a darlo por descontado. Resulta llamativo el énfasis de la sentencia, siempre atenta a los mundos competenciales, por avalar la *rigidez* de los Estatutos de Autonomía, capaz incluso de mantener a raya a otra suerte de leyes orgánicas<sup>14</sup>. Por contraste, el esmero en la observancia del *principio de conservación de la norma* parece dejar al texto constitucional convertido, con derecho al agua o sin él, en papel mojado.

Se reconoce, y es de alabar, que toda ley (también la autonómica) relativa a derechos implica una interpretación del contenido de los constitucionales. No se observa, sin embargo, mayor problema en que un Estatuto opte por suscribir una de las muchas interpretaciones de las que sea susceptible un derecho constitucional; pero lo que sí habría que excluir es todo intento de imponer obligadamente una y sólo una, siquiera como eco de los límites impuestos por la sentencia sobre la LOAPA al legislador estatal<sup>15</sup>. ¿Cabe descartar que ello ocurra, dada la rigidez estatutaria realzada? No parece demasiado claro...

El Tribunal podría, no obstante, escudar una actitud permisiva, principio de conservación de la norma mediante, en su decidida actitud de no establecer nulidades preventivas basadas en pronósticos de vulneración constitucional, para reservarlas a cuando no quepa duda alguna de su necesaria consumación. Es la tesis en que la tensión *rigidez-conservación* se hace más acuciante, con la consiguiente asunción de responsabilidades jurídico-políticas por parte del Tribunal. Baste recordar el caso quizá más extremo en su ya amplia trayectoria. La curiosa afirmación de que aumentar de ocho a veinte los Vocales del Consejo General del Poder Judicial elegidos por las Cortes Generales resultaría claramente rechazable, si llevara al órgano de gobierno del Poder Judicial a reflejar *de hecho* el juego de fuerzas existente en

<sup>14</sup> Cfr. F.6 (4) (6) (9) (10) y (13); F.12 (9). El magistrado Rodríguez Zapata lamentará en voto particular la conversión de los Estatutos en "fuente de contenido legítimo, ambiguo e impreciso y de pétreo fuerza de resistencia" -7 (3).

<sup>15</sup> "Todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente", afirma citando, en el F.8 b) (1), la STC 76/1983, F.4 c).

ellas, para aventurar luego, con presunto desconocimiento de la lógica política más elemental, que ello, por probable que se estimara, no tendría que darse *de derecho* necesariamente. Hasta ahí llegó en esa riada el principio de conservación de la norma; hasta lo que más de una vez he caracterizado como *inconstitucionalidad fáctica*<sup>16</sup>. Como es bien sabido, el Consejo General aún no se ha repuesto del ahogo, por más que se intentara más tarde ornamentar con alambicadas propuestas judiciales el naufragio.

Como el ejemplo tiende a cundir, no falta una ingeniosa alegación que sugiera, con notoria circularidad, que sería inconcebible la posible inconstitucionalidad de una declaración de derechos que se autoproclama acorde con la Constitución<sup>17</sup>.

## LOS ESTATUTOS EN SERIO

Quizá por ello el Tribunal acaba recurriendo a una segunda línea argumental, particularmente acrobática. En realidad, no habría de plantearnos problema alguno reconocer la existencia de derechos estatutarios, porque a la hora de la verdad serían estatutarios pero no serían necesariamente derechos. Serían sólo mandatos dirigidos al legislador autonómico, para que engendrara unas inofensivas facultades (calificables si acaso como ocasionales derechos subjetivos), incapaces de desigualar a nadie.

Vuelve a rondarnos la perplejidad. No es lo mismo afirmar que hay derechos con tanto fundamento como para convertirse en mandatos de acción para los poderes públicos<sup>18</sup>, que sugerir que hay algo a lo que algunos

<sup>16</sup> Por todas, *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 233-236.

<sup>17</sup> El Consejo de la Generalidad se pregunta, con singular inocencia, cómo puede infringir la Constitución y la ley estatal un precepto estatutario que expresamente remite toda interpretación y acción normativa o ejecutiva a su previa y expresa conformidad "con la Constitución y la legislación estatal" -A.6 (2).

<sup>18</sup> No sé si está pensando en ello el magistrado Conde Martín de Hijas cuando apunta en su voto particular que, de plantearse lo contrario, "se estaría incurriendo en un error similar al que supondría sostener que los derechos establecidos en la Constitución, que ésta remite a una regulación legal, no tienen propiamente existencia hasta que esa regulación legal se produzca"; si el derecho existe, "es justiciable, cualquiera que pueda ser el problematismo de esa justiciabilidad" -4 (11) y (17); reitera su última afirmación en 5 (30).

llaman derechos sin más fundamento que el poder llegar a ser ocasional resultado de unos mandatos dirigidos (sería superfluo preguntar en nombre de qué) a los poderes públicos<sup>19</sup>. Todo esto parece sugerir que se percibe y tolera un cierto travestismo carnavalesco, lo que justificaría la curiosa alusión a su condición sea cual sea “la veste con que se revistan”; alusión que no deja de generar inmediata réplica<sup>20</sup>. Ya hubo quien inmortalizó una sonora apelación a tomarse los derechos en serio<sup>21</sup>. Ahora habría quizá que clamar para tomarse los Estatutos en serio<sup>22</sup>.

Para encontrar parangón con tan sorprendente escapatoria habría que remitirse a otra sentencia no menos digna de recuerdo. La que, ignorando olímpicamente hasta seis resoluciones del Supremo notablemente consistentes, llevó a establecer que el principio de varonía en la sucesión de títulos nobiliarios es perfectamente compatible con el mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo<sup>23</sup>. Como es sabido, mientras parte de los

<sup>19</sup> El magistrado Vicente Conde resalta con acierto en su voto particular –5 (18) y (19)– cómo en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2006 “se pone de manifiesto el significado innovador de la incorporación de derechos”, hasta invitar a “llegar a la conclusión de que la declaración de derechos en el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana (EAV) es algo bien diferente de la fijación de objetivos a los poderes públicos. La declaración de derechos precede a la fijación de las competencias, y el objetivo es precisamente la promoción de defensa de éstos por los poderes públicos”. “El derecho es un prius conceptual, cuyo desarrollo, el del derecho, no el de ninguna competencia, se impone al legislador”. Por su parte el magistrado García-Calvo en el suyo –2 (4)– apunta que “la Sentencia no ofrece al art. 139.1 CE el contenido que le corresponde”, y diagnostica: “quizás porque la preocupación de este Tribunal sobre su aplicación se había limitado al ejercicio de las competencias estatales”.

<sup>20</sup> Para el magistrado Conde Martín de Hijas con esta alusión del F. 15 c) al derecho discutido “se salva su constitucionalidad, desde el momento que no se considera propiamente un derecho, sino una directriz u objetivo referido a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma. Tal modo de razonar lo considero rechazable” Y añadirá: “parece que lo que trata es de ocultar la ‘veste’ con un disfraz adecuado para dejar abierta de antemano el acceso a un ámbito normativo que sin aquél tendría cerrado”, para concluir: no se puede negar un problema, a base de negar que exista –4 (7) y (20-21).

<sup>21</sup> **R. Dworkin**, *Los derechos en serio* Barcelona, Ariel, 1984.

<sup>22</sup> El magistrado García Calvo diagnostica que “se está anteponiendo el criterio del Tribunal Constitucional al del legislador estatutario, en el sentido de que los derechos que quisieran ser establecidos como tales por éste serían inmediatamente reconducidos por la doctrina constitucional, a modo de legislador positivo, a principios rectores que por su naturaleza son de eficacia diferida” –4 (3). Rodríguez Zapata abunda en ello: “se manipula el significado de los Estatutos para hacerlos coincidir, en lo que se les hace que digan, con lo que se ha dicho que dice la Norma Fundamental” –2 (1).

<sup>23</sup> En la STC 126/1997 de 3 de julio, de la que me ocupé en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, págs. 88-100.

magistrados que suscribieron la solución mayoritaria optaba por considerar blindada la matriz histórica de dichos títulos, lo que impediría su modificación sin otra alternativa que la supresión, otra no menos decisiva prefería tomarse a chufra la nobleza, sugiriendo que nadie podría considerarse constitucionalmente discriminado por tontada de tal calibre. Si entonces los afectados, que los hubo, no compartieron tan profundo análisis, no sería sensato esperar que ahora los afectados, que también los habrá, piensen de otro modo. Parece pues obligado tomarse los Estatutos más en serio, no sólo por respeto a lo que representan, que ya sería bastante, sino por no ignorar, una vez más, la realidad de las cosas a la hora de prever las consecuencias de tan expeditivo dictamen<sup>24</sup>.

Ha sido habitual en la jurisprudencia constitucional española la invitación a no quedarse en el *nomen* de una exigencia jurídica, invitando así a esforzarse por garantizar los contenidos materiales que llevara consigo. Particularmente elocuente ha sido esta actitud al interpretar las garantías procesales, tanto en general como a la hora de apreciar la existencia de legitimación procesal o de considerar invocada la vulneración de un determinado derecho ante el propio Tribunal.

Todo ello es muy de alabar, pero no parece particularmente responsable trivializar a la vez conceptos básicos a los que remite cualquier actividad jurídica, como si con ello no sufrieran los contenidos constitucionales a los que sirven de vehículo. Convendría no olvidar que el propio Tribunal, brindando pistas sobre cómo delimitar el *contenido esencial* de los derechos a que alude el artículo 53 CE, remite precisamente a un alcance nada nominalista de su *nomen*, enfatizando el papel que en ello juega el *lenguaje*, como vehículo de un decisivo *metalenguaje*, de apariencia analítica y resonancia ontológica<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> El magistrado Conde Martín de Hijas apunta que “lo que el Estatuto no puede hacer, no cabe que lo ordene hacer al legislador autonómico, pues ello no sería sino un puro artificio para burlar la veda constitucional, lo que me resulta inadmisibile” -4 (27).

<sup>25</sup> Se trataría de tener ante todo en cuenta “la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”. Para ello “hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta” -STC 11/1981 de 8 de abril, F.8.

Si ello es lo obligado para saber a qué atenemos respecto a derechos determinados, no se explica que se siga vía bien distinta para determinar el concepto mismo de derechos.

No parece fácil tomarse los derechos constitucionales en serio, si el propio Tribunal considera irrelevante el uso, razonable o no, que del término *derechos* pueda llevarse a cabo. Nadie pensará que un Estatuto pueda autoadjudicarse institucionalmente una Corona, aunque hubiera que entender que obviamente se refería a una corona de cartón sin relevancia constitucional alguna; o que otro se le permitiera aludir a un estatutario Poder Judicial, pues se estaría dando por hecho que de tal sólo tendría el nombre.

Por si fuera poco, las excusas que fundamentarían el novedoso argumento de que puede haber derechos que, en realidad, no serían derechos parecen poco consistentes.

## PRINCIPIOS Y POLÍTICAS

Se nos dice, por una parte, que no nos encontraríamos en realidad ante *derechos* propiamente dichos sino ante el mero anuncio de unas *políticas* que se considera deseable que los poderes públicos lleven a cabo cuando a bien lo tengan; sólo en ese momento, darían paso a modestos derecho subjetivos. El planteamiento no deja de resultar sorprendente, sobre todo si recordamos la diferencia entre principios y políticas planteadas precisamente para lograr tomarse los derechos en serio<sup>26</sup>.

Los *principios*, por la solidez de las exigencias éticas en que se apoyan, serían el fundamento de los auténticos *derechos*, mientras que las *políticas* responderían a meras razones de oportunidad y eficacia. Como consecuencia, los derechos, apoyados en principios, justificarían una reserva de ley y quedarían fuera del ámbito de discrecionalidad propio del Ejecutivo. Desde esta perspectiva, pretender que los derechos que sirven de solemne frontispicio a los Estatutos no son sino una agenda no vinculante, para que el gober-

<sup>26</sup> R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 220 y ss.

nante de turno se dignen incluirlos en sus políticas, hasta degradarlos así a eventuales derechos subjetivos, no parece un gran logro teórico-jurídico.

Pero el problema no queda ahí...

## ECLIPSE DE JUEZ

Volviendo a la astronomía jurídica, parece indispensable superar la vieja receta cosmológica que sólo concebía la existencia de eclipses solares o lunares. Ya algún prestigioso autor ha documentado la probada existencia del eclipse de mar<sup>27</sup>. La sentencia parece, por su parte, aportar un preocupante eclipse judicial; lo que no deja de resultar meritorio después de sus ya reseñados cantos a la justiciabilidad de los derechos.

Se nos pretende tranquilizar respecto al alcance de los titulados derechos estatutarios afirmando que sólo afectarían a los poderes autonómicos<sup>28</sup>. Para mantener esa tranquilidad habría que entender que se está refiriendo a la Generalidad y a las Cortes Valencianas, ya que nuestra Constitución no contempla, al menos formalmente, un posible Poder Judicial autonómico.

Una pregunta se hace, sin embargo, inexcusable: ¿hay jueces en la Comunidad Valenciana? Los hay, sin duda, y vinculados por la bien conocida exigencia de interpretar el ordenamiento jurídico del modo más favorable a los derechos de los ciudadanos. Por muy *compuesto* que se considere a nuestro Estado, el ordenamiento jurídico al que se refiere el artículo 1.1 CE es unitario. Afortunadamente, porque de lo contrario nos encontraríamos con que quienes han de hacer justicia en la Comunidad Valenciana deberían interpretar las normas autonómicas no del modo más favorable a los derechos constitucionales sino a los estatutarios, dada la curiosa reiteración de enunciados de derechos ante la que el Tribunal prefiere mostrarse impasible.

<sup>27</sup> J. Sabina, *Con buena letra*, Madrid, Temas de Hoy, 2002, pág. 102.

<sup>28</sup> Se trataría de meros "mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan" –F.15 c) (2).

Los jueces van por tanto a verse obligados, si se toman en serio los derechos, a dejar operar como principios y criterios interpretativos tanto a los constitucionales como a los estatutarios, sin reconducir los primeros a los segundos, para no vaciar su garantista intención igualitaria. Sólo las anteojeras normativistas pueden llevar a negar toda virtualidad a los proclamados derechos. No es de extrañar por ello que incurra también en ese amago de ninguneo alguno de los votos particulares<sup>29</sup>.

La situación resulta abiertamente problemática. Un planteamiento normativista invitará a pronosticar el nacimiento de continuas *antinomias*<sup>30</sup>. Aun superado el normativismo, la ponderación de derechos de uno y otro rango se convertirá en un auténtico galimatías, sin otra expectativa de igualdad que el conocido apotegma “a quien Dios se la dé, San Pedro se la bendiga”.

Es obvio que los derechos acaban siendo siempre delimitados judicialmente, dada la obligada generalidad de las normas, y tanto más cuanto mayor sea esa generalidad, como ocurre con la Constitución y los Estatutos. El propio Tribunal ha brindado frecuente ocasión de documentar esta realidad, no sin sorpresa de algún, también ahora, votante particular<sup>31</sup>. La dinámica des-

<sup>29</sup> El magistrado Delgado Barrio se muestra convencido de que el derecho estatutario en litigio “carece de virtualidad jurídica” y, precisamente por ello insistió sin éxito en que, “dada su relevancia, debe quedar reflejado en el fallo” –ya en la introducción a su voto particular y luego en 3 c) y 4 (2). Rodríguez Zapata, por el contrario, lamenta que “solemnes tablas de derechos se trastocan en simples directrices o mandatos”; como consecuencia, “cada vez que una mayoría ocasional de partidos autonómicos logre el pláacet de las Cortes Generales podrá petrificar en una reforma del respectivo Estatuto derechos, principios, mandatos o directrices que vinculen a mayorías democráticas futuras. Los Estatutos de Autonomía devienen, con esa construcción, una fuente patógena del sistema de fuentes del Derecho”, lo que provocará “problemas de aplicación práctica de imposible solución” –2, 7 (3) y 11 (2). Rodríguez Arribas apunta que, “si contienen derechos diferentes o inciden en la regulación de los que la Constitución proclama”, “se producirá una vulneración del art. 139.1” –2 b) (1).

<sup>30</sup> El magistrado Rodríguez Zapata señala que, dado que el “ordenamiento jurídico es, por definición, un sistema ordenado; la configuración en su seno de Estatutos de Autonomía con una clara indefinición de su función constitucional o de sus contenidos legítimos, dotados además de la especial rigidez que afirma la Sentencia de la mayoría, producirá en forma inevitable, antinomias o colisiones normativas, que están prohibidas constitucionalmente en todo ordenamiento jurídico”. Lamenta que la sentencia no “haya arbitrado ninguna terapia o mecanismo que permita resolver las antinomias que surgirán en el sistema”; “antinomias irresolubles que se plantearán a los Jueces y Tribunales ordinarios ante un panorama de fuentes realmente inviable y confuso” –7 (1) y (3), 11 (2).

<sup>31</sup> El magistrado Conde Martínez de Hijas, quejoso, a propósito de la STC 4/2000 de 17 de enero, afirma que el “concreto contenido del derecho de tutela judicial efectiva es pura creación de nuestra jurisprudencia, sin base en ningún precepto constitucional o legal”; como si no ocurriera lo mismo respecto a cualquier otro derecho constitucional, sin perjuicio de que no quepa descartar, sobre todo desde una perspectiva iusnaturalista, que el Tribunal de modo más o menos consciente se apoye en criterios objetivos de justicia.

igualadora que ello genera puede convertirse sencillamente en imparable. Pueden acabar consolidándose ordenamientos jurídicos desiguales, no meramente subsidiarios respecto al texto constitucional ni sometidos al aun por entonces inexistente ordenamiento global.

Ni siquiera podrían los citados jueces entender que deben interpretar los derechos estatutarios como si no fueran derechos, ya que el Tribunal, que no se ruboriza al sugerirlo, se ha ahorrado el sofoco de plasmarlo en una sentencia interpretativa, pese a haberle sido planteado a priori<sup>32</sup> y serle a posteriori reprochada su actitud<sup>33</sup>. El fallo opta por desestimar el recurso y aquí paz y después gloria...

Moviéndonos incluso en el ámbito de las leyes orgánicas reguladoras de competencias exclusivas del Estado, la pluralidad generada por las interpretaciones de los diversos Tribunales Superiores de Justicia es tal que ha obligado a repetidas reformas procesales encaminadas a posibilitar la indispensable unificación de doctrina, con evidente repercusión en la tarea casacional<sup>34</sup>. La situación puede multiplicarse si se generalizara hacia cualesquiera derechos estatutarios la displicente actitud con que el Tribunal trata el presunto derecho al agua del que serían titulares los valencianos. No es fácil cómo cabe en este contexto garantizar el objetivo de igualdad de derechos

<sup>32</sup> Por el Abogado del Estado en sus alegaciones –A.7 (3).

<sup>33</sup> El magistrado Delgado Barrio insistirá al respecto en su voto particular –4 (2) y (3). Rodríguez Zapata, en el suyo –4 (1) y (2)– no oculta su desconfianza ante este modo de aplicar el principio de conservación de la norma, que no sabe si considerar “arreglalo todo”, por su capacidad de “hacer decir a los Estatutos lo que éstos no han querido decir”, o “desmontalo todo”, en la medida en que “se haga decir a la Constitución lo que no se deduce de sus proposiciones normativas”. Para Rodríguez Arribas –1 b) (3)– los confusos conceptos de derechos manejados por la sentencia, “ante un fallo desestimatorio y no interpretativo, propician, si se contemplan en conjunto, ser entendidos en un sentido y en el contrario; inseguridad que no puedo apoyar”. García Calvo recordará por su parte –4 (2)– que esta técnica no permite al Tribunal, según su propia doctrina, “ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos”, ni “reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional”. Particularmente tajante Conde Martínez de Hijas: “no me resulta recurso dialéctico intelectualmente correcto el negar que el legislador dice lo que dice (cuando lo dice de modo inequívoco), haciéndole decir otra cosa distinta, para salvar así la constitucionalidad de lo que dice, y que no podía decir” –4 (19).

<sup>34</sup> Me ocupé de ello en “La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Consejo General Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial nº 87, 2006, págs. 229-260.

ciudadanos al que el Tribunal alude ufano: “es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas”<sup>35</sup>.

Por otra parte, en el contexto de la actual revisión intradoctrinal del positivismo jurídico, se insiste en presentar al derecho como una práctica social. Esto convierte en aún más misterioso cómo puede el Tribunal combinar su preocupación por las *condiciones básicas* de los derechos y la igualdad en las *posiciones jurídicas* fundamentales<sup>36</sup> con unas declaraciones de derechos destinadas inevitablemente a alterarlas. Ello le obliga quizá a abandonar la ambiciosa perspectiva de su resolución, para ceñirse al modesto aspecto explícitamente impugnado<sup>37</sup>.

## TENER DERECHOS

Concluamos... Los *derechos* implican la existencia de un título para exigir en justicia determinados comportamientos, tanto a los demás conciudadanos como a los poderes públicos.

Cuando dicho título tiene su fundamento en la dignidad humana, o en exigencias del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) que condicionan una vida digna, se tratará de *derechos fundamentales*. En razón de ello gozarán de privilegiada protección procesal; pero no cabe considerarlos fundamentales porque den acceso al recurso de amparo, sino

<sup>35</sup> F.4 c) (2).

<sup>36</sup> “La necesaria igualdad en todo el territorio nacional del régimen de los derechos constitucionales en sentido estricto” es “lo que impone, respecto a dichos derechos constitucionales, la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles” –F.14 (4).

<sup>37</sup> Amparándose en ello nos dirá que “no cabe identificar el contenido normativo de los derechos constitucionales y las condiciones básicas con arreglo a las cuales dichos derechos han de ser ejercidos”. Estas “condiciones básicas sólo permiten al Estado establecer una cierta homogeneidad en el ejercicio de tales derechos cuando ello fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate”, pero no podrá “invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad”, como vulneración del art. 149.1.1 CE en este caso, sino que “ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la condición básica del ejercicio del derecho constitucional que se considere infringida” –F.17 (3).

que dicho acceso se justifica precisamente por su carácter fundamental. Buena prueba de ello es que, aunque formalmente no se le asigne, el artículo 9.2 CE acabará teniéndolo, a propósito, por ejemplo, de la ya aludida discriminación por razón de sexo, para no dejar sin garantías a fundamentales dimensiones promocionales de los derechos; o que el aludido recurso de amparo se haga también extensivo, por el mecanismo de la llamada *Drittwirkung*, frente a actos no directamente atribuibles a poderes públicos.

Los *derechos* operan como *principios*, antes y al igual que a través de *normas*, que nunca resultarán demasiado explícitas en el punto de arranque que los formaliza de modo fundamental. Los llamados *principios rectores* de la política social y económica, del capítulo tercero del título I CE, son por tanto en realidad *derechos*, sin perjuicio de que el carácter inevitablemente optimizador<sup>38</sup>, propio de su condición de *económicos, sociales o culturales*, les llame a operar prevalentemente como principios, sin excluir su lógico desarrollo normativo.

La actitud del tribunal sobre su auténtico alcance no es particularmente nítida. Resalta que carecen “de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales”, y al parecer a cualquier derecho que se precie, pero les reconoce un enigmático “valor constitucional expresado respecto de todos los poderes públicos”, que les llevaría a dejarse notar “orientando sus respectivas actuaciones”<sup>39</sup>.

El problema que se nos plantea es pues si cabe incluir derechos fundamentales, en sentido material y no meramente procesal, en los Estatutos de Autonomía sin que ello afecte a la igualdad de todos los españoles que el artículo 139.1 CE exige garantizar. Es obvio que el progresivo desarrollo normativo de los derechos constitucionales, por la legalidad estatal o autonómica, irá generando distingos en el trato y provocando una pluralidad de *posiciones*, que no hay por qué considerar patológica. No es menos obvio

<sup>38</sup> Se trata de un aspecto repetidamente abordado por **R. Alexy**; por todas: “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho* 2000 (43), págs. 244-247.

<sup>39</sup> F. 13 b) (2).

que una nueva categoría de *derechos estatutarios*, no menos fundamentales a juzgar por su emplazamiento, parece llamada a generar una desigualdad de mayor alcance, por su fuerza expansiva y multiplicadora.

Si estos derechos estatutarios se limitaran a reiterar el enunciado de los constitucionales podrían merecer meros reproches de técnica legislativa<sup>40</sup>. Bastará para que no sea ese el caso que se produzcan divergencias de redacción, dada la virtualidad delimitadora de los derechos que lleva consigo su despliegue hermenéutico. El riesgo se agudizaría si diéramos pasaporte estatutario a *derechos emergentes*, que podrían incluso tener difícil encaje en la doctrina jurisprudencial ya sentada por el Tribunal.

En el caso analizado nos encontramos ante un derecho que se plantea como emergente, alegando sus defensores una conexión con el *ámbito internacional*<sup>41</sup> que, lejos de despejar el peligro de desigualdad entre los ciudadanos, puede darle de modo tangencial una relevancia inquietante. Intentar desactivarla mediante la presunta reducción nominalista a *flatus vocis* no parece fácilmente compatible con la responsabilidad que la preservación de la rigidez constitucional atribuye al Tribunal Constitucional.

<sup>40</sup> “No es técnicamente correcto transcribir en las leyes los preceptos constitucionales” -F.15 d) (2).

<sup>41</sup> Los letrados de las Cortes Valencianas reconocen que “es evidente que la literalidad del art. 17.1 EAV no tiene precedente en nuestra tradición legislativa y parece influenciada por la terminología iusinternacionalista”, pero apuntan que “el artículo recurrido es coherente con las fuentes interpretativas del Derecho Internacional, que formula un derecho al agua como derecho emergente en el ámbito internacional”, que “se configura como un derecho de tercera generación que afecta a un bien que es patrimonio común, cuando no universal, por lo que su defensa compete a todos y exige la renuncia a los privilegios injustificados” -A.8 (13) (18) y (19).



fundación para el análisis y los estudios sociales

Julio/Septiembre  
2008

19

**MARÍA TARDÓN**

Estatuto Jurídico de la Víctima

**FLORENTINO PORTERO**

El Islam radical

**LOURDES LÓPEZ NIETO**

El balance del consenso

**ANDRÉS OLLERO**

Derechos que no son derechos

**JON JUARISTI**

Mayo del 68: El camino al terrorismo

**MANUEL RAMÍREZ**

Ante una posible reforma constitucional

**FERNANDO SÁNCHEZ-PASCUALA**

La política educativa, clave en el éxito

**VALENTÍ PUIG**

Globalización, tecnología y libertad

**MIQUEL PORTA**

El segundo mandato de Zapatero

**JOSÉ MARÍA MARCO**

Neoconservadurismo en EE.UU.

**JAIME IGNACIO DEL BURGO**

La Iglesia frente al terrorismo

**ISKREN KIRILOV**

La Unión por el Mediterráneo

**PEDRO CORRAL**

La memoria incivil

**ROSA M<sup>a</sup> RODRÍGUEZ MAGDA**

**PEDRO FDEZ. BARBADILLO**

**JOSÉ MARÍA CARABANTE**

**J.L. LÓPEZ VALENCIANO**

**FERNANDO R. GENOVÉS**

**MARIO RAMOS VERA**

**MIGUEL GIL**

de pensamiento político  
**CUADERNOS**



12 euros