

# El Tratado de Lisboa, los nuevos Estatutos de Autonomía y la protección judicial de los derechos fundamentales

por David Ordóñez Solís

Magistrado de lo Contencioso-administrativo.  
Doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del CGPJ.

1. Introducción.
2. El contexto europeo de los derechos fundamentales: constitucionalización y estatutarización.
3. La protección judicial de los derechos fundamentales y la coherencia de su interpretación.
4. Conclusión.

## 1. Introducción

La protección y la interpretación de los derechos fundamentales constituyen un signo de identidad de las sociedades democráticas avanzadas; ahora bien, en el último medio siglo asistimos a profusas proclamaciones mediante Tratados, Convenios, Cartas o Estatutos que contienen los más variados elencos de derechos humanos, hasta el punto de correr un cierto riesgo de banalización. Cualquier organización del poder, sea estatal o regional, sea supranacional o internacional, pretende adoptar su propio Convenio, Carta o Estatuto donde proclama los derechos humanos o los derechos fundamentales cuya tutela e interpretación se encomiendan en casos muy precisos a un determinado Tribunal internacional, supranacional o estatal. De hecho, el éxito de tales textos jurídicos, casi siempre con un pretendido valor constitucional o cuasi-constitucional, depende, en gran medida, de una activa intervención del correspondiente Tribunal de justicia que, a su vez, actúa en calidad de verdadero Tribunal Constitucional.

En Europa esta situación resulta muy clara dentro de los Estados nacionales y en las organizaciones internacionales de cooperación y de integración.

En efecto, los Estados europeos, con la significativa particularidad del Reino Unido, cuentan con una Constitución que reconoce y ampara un elenco más o menos amplio –generalmente en función de la fecha de adopción– de derechos fundamentales; pero también en muchos Estados, generalmente con vocación federal, las Regiones adoptan sus propias Constituciones regionales o Estatutos de autonomía que, aun cuando quedan sometidos a la Constitución del Estado, contienen su propia proclamación de derechos fundamentales. Y lo mismo ocurre en el ámbito de la Unión Europea donde, como parte del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, fue proclamada solemnemente en Estrasburgo por el Parlamento, el Consejo y la Comisión la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión el 12 de diciembre de 2007, en la versión que había establecido el malogrado Tratado constitucional de 2004 (1). No obstante, la protección de los derechos humanos en Europa se inicia en 1950 cuando un grupo muy reducido de países capitalistas y democráti-

cos adoptó el Convenio Europeo de Derechos Humanos que contiene un catálogo común y básico de derechos humanos de carácter civil y político; Convenio Europeo al que se han ido sumando paulatinamente y en especial a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989 prácticamente todos los Estados europeos, 47 hasta este momento.

Estos textos constitucionales de los derechos fundamentales sólo tienen efectividad si cuentan con un Tribunal que se dedique a su interpretación y a su vivificación: tal como ha ocurrido con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, o, en fin, los Tribunales nacionales, sean estatales o regionales, respecto de la Constitución nacional o de las Constituciones regionales o Estatutos de Autonomía. El ejemplo más paradigmático de lo que para un texto constitucional supone tener un Tribunal especializado en su interpretación lo constituye, sin duda, la comparación entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea que, aun cuando fue firmada en Turín en 1961, en el seno del Consejo de Europa y proclama los derechos económicos y sociales, al no contar con un órgano jurisdiccional para su interpretación, sus desarrollos y sus efectos han sido notablemente limitados (2). De modo que la clave de la aplicación de los derechos humanos radica, en una significativa medida, en los Jueces. Es decir, por una parte no parece concebible en estos momentos un sistema jurídico digno de tal nombre que no consagre los derechos humanos y los derechos fundamentales; del mismo modo, la efectividad de estos derechos humanos depende de manera decisiva de que se haya conferido a los Jueces, y en particular a un Juez especializado y con pretensiones “constitucionales”, la función de su interpretación y aplicación.

(1) DOUE nº C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 1.

(2) Este déficit en la eficacia de la Carta Social Europea se ha intentado colmar en 1995 con la constitución del Comité Europeo de Derechos Sociales, de cuya actividad da cuenta cumplidamente Luis Jimena Quesada, *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

En el caso de España estas experiencias adquieren una especial dimensión en la medida en que ha sido uno de los países que, con algún retraso pero con gran convencimiento, ha asumido en la Constitución de 1978 la proclamación y la tutela judicial de los derechos fundamentales como elemento esencial de su convivencia democrática. La participación de España en la integración europea ha exigido acomodar el catálogo y la protección constitucional de los derechos fundamentales al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo; y, más recientemente, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ahora bien, la renovación a partir de 2006 de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas se ha caracterizado, entre otros aspectos, por incluir un catálogo de derechos fundamentales; de tal modo que al lado de los derechos fundamentales constitucionales se han consagrado derechos fundamentales "estatutarios". Lo que, sin embargo, caracteriza esta proclamación estatutaria es que, por el momento, el sistema judicial que debe interpretar los "derechos estatutarios" está integrado por órganos judiciales estatales que están sometidos, con más o menos intensidad según los casos, a una importante jerarquía jurisdiccional que se culmina en España tanto en el Tribunal Supremo como, de manera especial cuando se trata de la garantía de los derechos fundamentales, en el Tribunal Constitucional.

Así pues, me propongo examinar, en primer lugar, los efectos de la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, en la versión de Estrasburgo de diciembre de 2007, y la proclamación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía de las regiones españolas aprobados a partir de 2006. Obviamente, este análisis tiene interés en la medida en que indague sobre la interpretación y la aplicación de estos nuevos derechos por los Tribunales por lo que, en segundo lugar, intentaré

determinar cuál debería ser el modo de aplicar por los Jueces de los distintos niveles de Gobierno —el regional, el estatal, el supranacional y el europeo— estos catálogos de derechos fundamentales que tienen sus propias particularidades.

## 2. El contexto europeo de los derechos fundamentales: constitucionalización y estatutarización

Probablemente una de las transformaciones jurídicas más importantes producidas en la segunda mitad del siglo XX en Europa ha sido la proliferación de estatutos, cartas y proclamaciones de derechos humanos que, en mayor o menor medida, tienen pretensión de ser garantizados judicialmente; pero esta tendencia visible en un ámbito supranacional europeo también se ha trasladado muy recientemente y en el caso de España a niveles infraconstitucionales lo que ofrece un contexto europeo de consagración de los derechos fundamentales particularmente complejo: varios Ordenamientos supranacionales, estatales e infraestatales con elencos de derechos fundamentales que deben ser garantizados y aplicados por los Jueces.

Por una parte, era una vieja aspiración de las Comunidades Europeas y un objetivo confesado de la Unión Europea la adopción de una Carta de Derechos Fundamentales que sólo se hizo realidad cuando el 7 de diciembre de 2000 fue proclamada solemnemente en Niza, con ocasión del Consejo Europeo, por el Parlamento, el Consejo y la Comisión. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de octubre de 2004, integró en su texto una versión ligeramente corregida de la Carta de Niza; sin embargo, al no haberse ratificado este Tratado constitucional, ha sido el Tratado de

Lisboa de 13 de diciembre de 2007 el que ha asumido la nueva versión de la Carta de Derechos Fundamentales, adoptada en Estrasburgo la víspera de la firma del Tratado de Lisboa y cuyo valor jurídico y entrada en vigor dependen de la suerte que corra el nuevo Tratado constitutivo (3).

Por otra parte y en España, en 2005 se inició un proceso que ha fructificado a partir de 2006 con la reforma o la adopción de nuevos Estatutos de Autonomía y que se ha caracterizado, en particular, por la proclamación de una serie de "derechos estatutarios" o si se quiere "derechos fundamentales estatutarios". Asimismo y dado el debate político creado, finalmente ha terminado planteándose ante el Tribunal Constitucional la cuestión, tan simple como trascendental, de si cabe que los Estatutos de Autonomía proclamen derechos fundamentales; así como cuál es el efecto de la consagración de estos derechos estatutarios en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional y su relación con los consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

### 2.1. El contexto europeo de los derechos fundamentales: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y las Cartas de Niza (2000) y de Estrasburgo (2007)

La evolución que va desde la adopción en 1950 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hasta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, tanto en la versión de Niza de 2000 como la de Estrasburgo de 2007, resulta muy simple pero apasionante y se funda, precisamente, en la interpretación vivificante que de estos textos han llevado a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

(3) Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007 (DOUE n° C 306 de 17 diciembre 2007). Las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se publicaron en el DOUE n° C 115 de 9 de mayo de 2008

El Convenio Europeo constituye un éxito al que sólo se le puede reprochar el restringido elenco de los derechos consagrados; es decir, los más esenciales derechos civiles y políticos. De este modo resulta clamorosa la falta de consagración de derechos de carácter económico, social y cultural, lo que se intentó compensar primero con la adopción en 1961 de la Carta Social Europea cuya aplicación hasta el momento ha resultado bastante anodina y luego con una jurisprudencia expansiva del mismo Tribunal de Estrasburgo ofreciendo dimensiones sociales y medioambientales insospechadas de los clásicos derechos civiles y políticos.

El Tribunal Europeo es el que ha logrado conferir efectividad a todos y cada uno de los derechos reconocidos por el Convenio Europeo y ha conseguido ensanchar el alcance de la protección de los derechos civiles y políticos de manera especialmente creativa. En este sentido, el Tribunal Europeo ha reiterado, por una parte, que *"el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales, tal como ha sido firmemente reconocido en su jurisprudencia"* (4); y, por otra, el Tribunal de Estrasburgo le ha reconocido al Convenio Europeo el carácter de *"instrumento constitucional del orden público europeo"* en el ámbito de los derechos humanos que debe prevalecer sobre el interés de la cooperación internacional (5). El ejemplo más conocido y, desde luego, paradigmático es la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo, que consagra el derecho a la vida privada y familiar, como base de un derecho al medio ambiente sano y saludable (6). En todo caso, la ventaja de la aplicación del Convenio Europeo radica en que afecta a todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos nacionales y en que el Tribunal Europeo interviene, a modo de último Tribunal, revisando las Sentencias de los Tribunales nacionales, sean Constitucionales o Supremos.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, tanto la de Niza como la de Estrasburgo, pretende culminar la evolución de un proceso de reconoci-

miento judicial de la existencia de un catálogo de derechos fundamentales aplicable en el ámbito de actuación de las Comunidades Europeas, de la Unión Europea.

De este modo lo que se inició con un ámbito comunitario europeo restringido de manera básica a derechos de carácter fundamentalmente económico, cuya quintaesencia está constituida por las libertades económicas fundamentales de circulación en el mercado, ha evolucionado, especialmente, a partir del Tratado de Maastricht de 1992, con la asunción de nuevas competencias por la Unión Europea, hasta afectar prácticamente a todo tipo de derechos fundamentales; de manera especial cuando se pretende poner en marcha ya no sólo el mercado común sino también el espacio de libertad, seguridad y justicia. Y por eso, si bien hace unos años uno de los más conspicuos Jueces europeos, Pierre Pescatore, se preguntaba contrariado qué sentido tenía en un proceso de integración económica consagrar un derecho a la integridad física y la prohibición de la tortura, lo cierto es que tanto las preguntas como las respuestas empiezan a ser inexcusables en una Unión Europea que no sólo consiste en un mercado común sino que constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia (7). Y así lo revelan los desarrollos más recientes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el terrorismo internacional o con la regulación de la inmigración (8).

Ahora bien, esta evolución y la propia realidad que nos muestra desde el punto de vista jurídico un claro

fenómeno de constitucionalización del Ordenamiento de la Unión Europea y, más en particular, de los derechos fundamentales, contrastan con el lenguaje político que insiste en negar que el Tratado de Lisboa confiera carácter constitucional a los nuevos desarrollos, como resulta del Mandato del Consejo Europeo de junio de 2007 que convocaba la Conferencia Intergubernamental de 2007 (9). No obstante, la Carta de Niza y la Carta de Estrasburgo ofrecen un amplio texto de derechos fundamentales caracterizados por la indivisibilidad y donde la distinción clave ya no radica en la tradicional dicotomía entre derechos civiles y políticos, tal como resulta del Convenio Europeo, y derechos económicos, sociales y culturales, de la Carta Social Europea, sino en la distinción entre derechos y principios, es decir, unas categorías sumamente ambiguas que, a pesar de todo y sin solución de continuidad, permitirán una interpretación y una evolución jurisprudencial más armoniosas de los derechos fundamentales.

## 2.2. Los nuevos derechos fundamentales consagrados por los Estatutos de Autonomía en España a partir de 2006

La proclamación de los derechos fundamentales ha sido considerada por las Regiones españolas como una marca de distinción *"política"* a la hora de revisar o de renovar a partir de 2005 sus Estatutos de autonomía. Esta consagración de derechos fundamentales por los nuevos Estatutos de

- (4) TEDH, sentencia de 25 de abril de 1978, *Tyrer v. Reino Unido*, § 31.
- (5) TEDH, sentencia de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía* (excepciones preliminares), serie A nº 310, § 75); y TEDH, sentencia *Bosphorus c. Irlanda*, de 31 de julio de 2005 (recurso nº 45036/98, § 156).
- (6) Sobre la dimensión social y medioambiental de los derechos civiles y políticos, remito a mi estudio *La tutela judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Comares, Granada, 2006.
- (7) Pierre Pescatore, "La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux", *Revue du marché commun et de l'Union européenne* nº 466, marzo de 2003, pp. 151-159.
- (8) Véase la gran trascendencia jurídica de la sentencia de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía* (C-354/04 P, Rec. p. I- 1579) o de la sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW* (C-303/05, Rec. p. I-3633).
- (9) Gurutz Jáuregui y Juan Ignacio Ugartemendia, "Europa en el lecho de Procasto: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa", *Revista Vasca de Administración Pública* nº 79, septiembre-diciembre de 2007, pp. 105-124.

autonomía es muy parecida en significado y en alcance a la autoproclamación por cada Comunidad Autónoma de su condición de "región europea" y a la regulación de algunas cuestiones vinculadas a la dimensión europea de los Estatutos de Autonomía (10). En efecto, en el período de constitución de las Comunidades Autónomas, entre 1979 y 1983, no se planteó la cuestión de la consagración estatutaria de unos derechos fundamentales tan primorosamente tratados en la Constitución. Sin embargo, el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía iniciado en 2005 se caracteriza, precisamente, por un intento de "europeización" y de "internacionalización" y por incorporar un catálogo de derechos y principios fundamentales o cuasifundamentales más o menos amplio: así se aprecia en el "Proyecto de nuevo Estatuto vasco", impulsado por el presidente Ibarretxe y rechazado por el Parlamento español en enero de 2005 (11); y de manera más directa en las experiencias que en 2006 culminaron el proceso de renovación de los Estatutos autonómicos valenciano (12) y catalán (13); así como, en mayor o menor medida, en las reformas que se iniciaron y algunas de las cuales se aprobaron en 2007 en relación con los Estatutos de Andalucía (14), Baleares (15), Aragón (16), Canarias (17) y Castilla y León (18).

A pesar de la diversidad y de las peculiaridades de cada uno de estos nuevos Estatutos o de los Estatutos reformados, se pueden identificar dos tipos: uno que coincide básicamente con espíritu del reformado Estatuto valenciano donde la consideración de los derechos fundamentales estatutarios es modesta, aunque se completa con el enunciado de principios de carácter económico y social; y el otro al que responde el Estatuto catalán que recoge un amplio elenco de derechos fundamentales "estatutarios" y una profusa consagración de principios.

El artículo 10.1 del proyecto de Estatuto vasco establecía enfáticamente y por remisión a otros textos jurídicos como la propia Constitución,

el Derecho de la Unión Europea y los Tratados internacionales europeos y universales: "Las ciudadanas y ciudadanos vascos son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución; de los derechos y obligaciones establecidos en los Tratados de la Unión Europea, que les corresponden por su condición de ciudadanas y ciudadanos europeos, así como de los derechos humanos, individuales y colectivos, reconocidos internacionalmente, y en particular de los recogidos expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

Al reformarse el Estatuto valenciano se le añadió simplemente un artículo 10 referido a los derechos sociales cuyo apartado 3 tiene este tenor: "En todo caso, la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: defensa integral de la familia; los derechos de las situaciones de unión legalizadas; protección específica y tutela social del menor; la no discriminación y derechos de las personas con discapacidad y sus familias a la igualdad de oportunidades, a la integración y a la accesibilidad universal en cualquier ámbito de la vida pública, social, educativa o económica; la articulación de políticas que garanticen la participación de la juventud en el desarrollo

político, social, económico y cultural; participación y protección de las personas mayores y de los dependientes; asistencia social a las personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social; igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo; protección social contra la violencia, especialmente de la violencia de género y actos terroristas; derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana".

Esta fundamentación constitucional, comunitaria europea e internacional se repite en el nuevo Estatuto catalán, aunque su artículo 4.1 contiene una significativa precisión por lo que se refiere a los derechos "estatutarios", además de los constitucionales, los comunitarios europeos y los internacionales: "Los poderes públicos de Cataluña deben promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocen el presente Estatuto, la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los demás Tratados y Convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales".

Prácticamente con el mismo espíritu, el artículo 9.1 del nuevo Estatuto andaluz incluye al lado de los instrumentos constitucional, europeo e internacional, los derechos estatuta-

(10) Véase, por ejemplo, mi estudio "Las relaciones entre la Unión Europea y las Comunidades Autónomas en los nuevos estatutos", *Revista d'estudis autonòmics i federals* nº 4, 2007, pp. 69-128.

(11) Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi presentada por el Parlamento Vasco (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 21 de enero de 2005, nº 149-1).

(12) Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (*BOE* nº 86, de 11 de abril de 2006).

(13) Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (*BOE* nº 172, de 20 de julio de 2006).

(14) Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (*BOE* nº 68, de 20 de marzo de 2007).

(15) Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (*BOE* nº 52, de 1 de marzo de 2007; corrección de errores en *BOE* nº 77, de 30 de marzo y 173, de 20 de julio).

(16) Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (*BOE* nº 97, de 23 de abril de 2007; corrección de errores en *BOE* nº 294, de 8 de diciembre).

(17) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias presentada por el Parlamento de Canarias el 14 de septiembre 2006 (*BOCG*, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 22 de septiembre de 2006, nº 261-1).

(18) Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (*BOE* nº 288, de 1 de diciembre de 2007).

rios: "Todas las personas en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España, en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea".

También recogen los "derechos fundamentales estatutarios" el artículo 8.1 del Estatuto de Autonomía para Castilla y León y el artículo 6.1 del Estatuto aragonés que hacen referencia a los derechos de la Constitución, de los Tratados Internacionales, de la Unión Europea y "los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el presente Estatuto de Autonomía".

Por lo que se refiere a la lista o catálogo de derechos estatutarios, destaca el completo y amplísimo elenco de derechos "estatutarios" contenido en el Estatuto catalán que, siguiendo la misma técnica que la Constitución española de 1978, por una parte, consagra los derechos y deberes estatutarios; y, por otra parte, los completa con la proclamación de numerosos principios rectores estatutarios.

En los artículos 15 a 28 del nuevo Estatuto catalán se hace referencia a los derechos de las personas, los derechos en el ámbito de las familias, los derechos de los menores, los derechos de las personas mayores, los derechos de las mujeres, el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte, los derechos y deberes en el ámbito de la educación, los derechos y deberes en el ámbito cultural, los derechos en el ámbito de la salud, los derechos en el ámbito de los servicios sociales, los derechos en el ámbito laboral, los derechos en el ámbito de la vivienda, los derechos y deberes con relación al medio ambiente y los derechos de los consumidores y usuarios. A continuación, el Estatuto catalán se refiere a los derechos en el ámbito político y de la Administración

incluyendo en los artículos 29 a 31 el derecho de participación, los derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena Administración y el derecho a la protección de los datos personales; en fin, en los artículos 32 a 36 del Estatuto catalán se enuncian los derechos y deberes lingüísticos relativos al conocimiento y uso de las lenguas, los derechos lingüísticos ante las Administraciones públicas y las instituciones estatales, de los consumidores y usuarios, en el ámbito de la enseñanza y en relación al aranés. También se establecen en los artículos 37 y 38 disposiciones sobre las garantías y la tutela de los que denomina "derechos estatutarios".

Este elenco de derechos y deberes se completa en los artículos 39 a 54 del nuevo Estatuto catalán con principios rectores en relación con la protección de las personas y de las familias, la perspectiva de género, la cohesión y el bienestar sociales, el fomento de la participación, la educación, investigación y cultura; el ámbito socioeconómico, el medio ambiente, desarrollo sostenible y equilibrio territorial; la vivienda, la movilidad y seguridad vial, la protección de los consumidores y usuarios, el fomento y difusión del catalán, la cooperación al fomento de la paz y cooperación al desarrollo, los medios de comunicación social, el acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación, y la memoria histórica. Por último, en el nuevo Estatuto catalán el artículo 38.1 prevé la adopción de una "Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña" y encomienda su tutela al Consejo de Garantías Estatutarias. Asimismo, el artículo 38.2 del nuevo Estatuto catalán prevé: "Los actos que vulneren los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña serán objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con los procedimientos establecidos en las Leyes".

En el nuevo Estatuto andaluz se ha seguido la técnica "catalana" y se ha consagrado un elenco muy amplio de derechos "estatutarios" referidos en

particular a igualdad de género, protección contra la violencia de género, protección de la familia, menores, mayores, testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte, educación, salud, prestaciones sociales, personas con discapacidad o dependencia, vivienda, trabajo, consumidores, medio ambiente, acceso a la justicia, participación política, buena administración, protección de datos, cultura, acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación y orientación sexual (artículos 15 a 36 del Estatuto andaluz); así como unos principios rectores de las políticas públicas, lo que incluye, tal como prolijamente recoge el artículo 38 del Estatuto, principios del siguiente tenor: la prestación de unos servicios públicos de calidad, la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad, el acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad, etc.

Así pues, se plantea el problema de si un Estatuto muy prolijo es más beneficioso para los ciudadanos que uno más modesto. Por el momento y dado el grado de autonomía limitada alcanzado por las Comunidades Autónomas, parece claro que no quedarán afectadas "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Y, del mismo modo, tampoco de manera esencial puede considerarse que las proclamaciones estatutarias más o menos ambiciosas en cuanto a los derechos consagrados afecten a la calidad de las políticas públicas de unas y otras Comunidades Autónomas o, al menos, no las determinarán mucho más de lo que efectivamente resulte del presupuesto público de cada una de ellas y de la eficacia de sus respectivas Administraciones.

### 3. La protección judicial de los derechos fundamentales y la coherencia de su interpretación

A pesar de las afinidades entre las distintas proclamaciones de los derechos fundamentales lo determinante es su protección efectiva que, por lo general, sólo se garantiza a través de una protección judicial. Por esa razón, dentro de los derechos fundamentales proclamados cobra una especial importancia el del acceso al juez. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, *mutatis mutandis*, con el artículo 24 de la Constitución española y con el principio general de tutela judicial efectiva deducido por el Tribunal de la Unión Europea que, por ejemplo en la Sentencia de 18 de enero de 2007, *Ocalan (PKK)*, razona de este modo: *"la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de los actos que adoptan con el Tratado y con los principios generales del Derecho, de los que forman parte los derechos fundamentales. Por consiguiente, los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, ya que el derecho a dicha tutela forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este derecho también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH"* (19).

La aplicación judicial de los derechos fundamentales en Europa se concreta en dos tipos paradigmáticos. Por una parte, los Tribunales Supremos supranacionales o nacionales especializados en garantizar los derechos fundamentales y ofrecer garantías específicas dentro de un ámbito determinado de un Ordenamiento de naturaleza o con aspiración Constitucional: en este caso me refiero al Tribunal Europeo de Estrasburgo, al Tribunal de Justicia de Luxemburgo y a los Tribunales Consti-

tucionales nacionales o equivalentes. Y, por otra parte, los Tribunales ordinarios obligados a aplicar todos los Ordenamientos a los que están sujetos, incluidos desde luego los Ordenamientos constitucionales sobre derechos fundamentales: con lo que aludo a los Tribunales de instancia, de apelación y de casación.

#### 3.1. La protección judicial de los derechos fundamentales en Europa: la autoafirmación y la autonomía de los Tribunales supranacionales

La interpretación por diversos Tribunales de distintos instrumentos jurídicos, pero refiriéndose a los mismos derechos, plantea problemas críticos de discordancia entre jurisprudencias que pueden solucionarse bien mediante la indiferencia, el enfrentamiento o el diálogo judicial.

Descartadas las dos primeras actitudes, impropias de cualquier Tribunal que trate precisamente de derechos fundamentales, el problema es cómo articular el diálogo entre Tribunales; una cuestión en la que se han arbitrado soluciones imaginativas pero que pretenden siempre evitar la solución más tradicional en estos casos: la imposición del criterio jerárquico que, a pesar de su crudeza, se expresa con la simple constatación de quién es realmente el último en pronunciarse. Estas soluciones pasan por las técnicas más variadas que ha sistematizado S. Cassese: el margen de apreciación del Tribunal de Estrasburgo, los principios generales del Derecho y las tradiciones constitucionales comunes del Tribunal de Luxemburgo, la distinción entre supremacía constitucional y primacía del Derecho europeo del Tribunal Constitucional español, los contralímites de los Tribunales italianos, la deferencia o *self-restraint*

del Derecho estadounidense, etc. (20) Es preciso, por tanto y brevemente, recordar los elementos básicos de garantía judicial tanto por los Tribunales europeos como por los Tribunales nacionales y sus relaciones mutuas en lo que a los derechos fundamentales se refiere.

#### 3.1.1. La interpretación de los Tribunales europeos desde Estrasburgo y desde Luxemburgo

Por una parte, el Tribunal Europeo ha reiterado que su misión consiste en resolver casos concretos pero también crear una jurisprudencia de derechos humanos; o en palabras del propio Tribunal Europeo: *"Aun cuando el propósito principal del sistema del Convenio sea proporcionar la solución a casos individuales, la misión del Tribunal también consiste en resolver cuestiones relativas a políticas de interés común, elevando de este modo los estándares generales de protección de los derechos humanos y extendiendo la jurisprudencia de los derechos humanos por toda la comunidad de los Estados parte del Convenio"* (21). Esta perspectiva se completa con otra no menos importante que se refleja en la reiteración con la que el Tribunal de Estrasburgo subraya: *"el Convenio pretende proteger «derechos concretos y efectivos» y no «teóricos o ilusorios»"* (22).

El margen de apreciación que el Tribunal de Estrasburgo concede a los Tribunales nacionales constituye un mecanismo de autorrestricción que puede considerarse muy adecuado para imponer la jurisprudencia europea a los Jueces nacionales. La tarea radica, por tanto, en determinar el alcance del margen de apreciación. A tal efecto, podría recordarse que en la Sentencia de 4 de diciembre

(19) TJCE, sentencia de 18 de enero de 2007, *Osman Ocalan (PKK)* (C-229/05 P, Rec. p. I-439, apartado 109).

(20) Sabino Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Bari, 2006; y también "La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale", *Rivista trimestrale di diritto pubblico* nº 3/2007, pp. 609-626; también puede verse mi estudio *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global. Globalización, Derecho y Jueces*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

(21) TEDH, sentencia de 24 de julio de 2003, *Karner c. Austria* (recurso nº 40016/1998, § 26).

(22) TEDH, sentencia de 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez c. España* (recurso nº 4143/2002, § 56).

de 2007, *Dickson c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo ha considerado que corresponde a las autoridades nacionales pronunciarse en primer lugar sobre dónde se sitúa el justo equilibrio aplicable a un caso concreto y antes de que el Tribunal Europeo haya realizado una evaluación de última instancia, por lo que en principio y en este marco se ha dejado a los Estados un cierto margen de apreciación. El Tribunal Europeo considera que la amplitud de este margen varía y depende de un determinado número de elementos, en especial de la naturaleza de las actividades en juego y de la finalidad de las restricciones. A tal efecto, el Tribunal de Estrasburgo pone dos ejemplos, de margen estrecho y de margen amplio, en la discreción o en la apreciación por los Jueces nacionales.

Cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad de un individuo, como era en este caso la elección de convertirse en padre genético, el margen de apreciación de las autoridades estatales y, por tanto de los Jueces, es por lo general restringido. En cambio, cuando no hay consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, bien sea sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios de protegerlo, y en particular cuando el asunto suscite cuestiones o implique elecciones complejas de estrategia social, el margen de apreciación es más amplio; y también el margen de apreciación es por lo general amplio cuando el Estado deba alcanzar un equilibrio entre los intereses privados y públicos o los diversos derechos protegidos por el Convenio. Cuando el margen de apreciación es amplio, el Tribunal Europeo considera que las autoridades nacionales, gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, están en principio mejor situadas que el Juez internacional para determinar lo que constituye utilidad pública, por lo que el Tribunal de Estrasburgo advierte que, por lo general, respeta la elección política del legislador, y podría decirse que también la del Juez nacional, salvo que sus decisiones tengan

un "fundamento manifiestamente irrazonable" (23).

A partir de este enfoque básico, el Tribunal Europeo ha desarrollado una vasta e influyente doctrina jurisprudencial que ha sido un importante factor de homogeneización de las jurisprudencias nacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, el Tribunal Europeo ha llevado a cabo una aplicación uniforme y, por lo general, muy exigente de los derechos fundamentales. En contrapartida, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha quedado limitada a los derechos civiles y políticos consagrados por el Convenio Europeo y, con algunas significativas excepciones, no ha podido pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia se ha erigido en el órgano de control judicial del Derecho de la Unión Europea lo que implica un control de la aplicación de este Derecho tanto por las instituciones de la Unión como por las autoridades nacionales. Así lo confirma el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Gestoras pro Amnistía* conforme a la cual: "Como resulta del artículo 6 UE, la Unión se basa en el principio del Estado de Derecho y respeta los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario. De ello se deduce que las instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho, al igual que los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión" (24).

Como consecuencia de los cambios constitucionales producidos en Maastricht en 1992 y en Ámsterdam en 1997, la jurisprudencia comunitaria europea se ha hecho eco de una creciente aplicación e interpretación de los derechos fundamentales. De hecho, la línea jurisprudencial más importante que ha puesto en marcha el Tribunal de Justicia es la que parte,

como resulta de la Sentencia *Laval*, del principio conforme al cual "la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías [Sentencia *Schmidberger*] o la libre prestación de servicios [Sentencia *Omega*]" (25). Estos principios requieren que el Tribunal comunitario pondere la importancia de la libertad económica fundamental y el alcance de la restricción que pretende justificarse a partir de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, en la misma Sentencia *Laval* el Tribunal comunitario examina "el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping social*"; y este derecho fundamental "puede constituir una razón imperiosa de interés general, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado"; no obstante, después del examen del caso particular, el Tribunal de Justicia concluye que prevalece la libertad económica fundamental sobre el derecho fundamental de carácter social (26).

Las especiales reticencias mostradas por algunos Estados miembros, en particular el Reino Unido y más recientemente Polonia, a la proclamación solemne de la Carta de Niza de 2000, y también de la Carta de Estrasburgo de 2007, derivan del temor a la jurisprudencia expansiva desarrollada en las tres décadas anteriores por el Tribunal de Justicia. Esta jurisprudencia se caracteriza por una evolución bien conocida: se inicia con la indiferencia hacia los derechos fundamentales en el marco de una integración meramente económica en los años 60; ya a

(23) TEDH (GC), sentencia de 4 de diciembre de 2007, *Dickson c. Reino Unido* (recurso nº 44362/04, §§ 77 y 78).

(24) TJCE, sentencia de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía*, antes citada, apartado 51.

(25) TJCE (GC), sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd.* (C-341/05, Rec., apartado 93).

(26) TJCE, sentencia *Laval*, antes citada, apartados 103 y 110.

mediados de los años 70, una vez que todos los Estados comunitarios son parte en el Convenio, el Tribunal de Justicia empieza a amparar los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho comunitario que deduce del Tribunal comunitario de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros y del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de su Tribunal de Estrasburgo; y a partir de la proclamación en 2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta la doctrina anterior pero también se guía en su interpretación por la Carta de Niza, por un instrumento comunitario específico que contiene un completo elenco de derechos fundamentales; esta tercera etapa debería haberse consolidado con la entrada en vigor del Tratado constitucional de 2004 y depende en estos momentos de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa para conferir a la Carta de Estrasburgo la misma naturaleza jurídica que los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

Como consecuencia de esta evolución el Tribunal de Justicia ha visto reforzado su poder en la aplicación de los derechos fundamentales en los ámbitos más diversos y ha tenido que elaborar una importante jurisprudencia sobre la relación entre los derechos fundamentales y las libertades económicas fundamentales. En este sentido, puede comprobarse en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios un proceso muy importante de iusfundamentalización de los litigios que, directa o indirectamente y cuando se trata de asuntos importantes, implican un pronunciamiento sobre la interpretación o la eficacia de un derecho fundamental (27).

La evolución de la jurisprudencia y las modificaciones constitucionales han erigido definitivamente a los derechos fundamentales en límite en la creación y en la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Precisamente y por lo que se refiere a la aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal comunitario ha precisado el alcance no sólo respecto de las instituciones

de la Unión Europea sino también en relación con las medidas de aplicación de las autoridades nacionales. Por eso en la Sentencia *Promusicae* el Tribunal de Justicia explica: "corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a las Directivas citadas, procurar basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, sino también procurar que la interpretación de éstas que tomen como base no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad" (28).

Esta intervención judicial reforzada del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales le ha obligado a desarrollar, en términos muy similares a lo que había hecho el Tribunal Europeo, una doctrina jurisprudencial sobre lo que denomina el "margen de apreciación seguro", tal como lo explica el Tribunal comunitario en sus Sentencias *Omega* y *Dynamic Medien*.

En efecto, en la Sentencia *Omega* el Tribunal comunitario señalaba que el margen de apreciación no es uniforme sino que cada país puede tener el suyo propio. De este modo, el Tribunal de Justicia, refiriéndose a restricciones a los derechos fundamentales, puntualizó: "no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro

corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. Aunque, en el apartado 60 de la Sentencia *Schindler* [de 24 de marzo de 1994 (C-275/92, Rec. p. I-1039)], el Tribunal de Justicia se refirió a consideraciones de orden moral, religioso o cultural que llevan a todos los Estados a imponer restricciones a la organización de loterías y de otros juegos, al mencionar esta concepción común, el Tribunal de Justicia no tuvo la intención de formular un criterio general para apreciar la proporcionalidad de toda medida nacional que limite el ejercicio de una actividad económica". Y la precisión respecto de la Sentencia anterior la hace en estos términos: "Al contrario, como resulta de reiterada jurisprudencia posterior a la Sentencia *Schindler*, antes citada, el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia" (29).

Esta jurisprudencia queda corroborada por la Sentencia *Dynamic Medien* donde el Tribunal comunitario precisa: "no es indispensable que las medidas restrictivas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro para proteger los derechos de los niños [...] correspondan a una concepción compartida por la totalidad de los Estados miembros por lo que respecta al nivel y a las modalidades de dicha protección [...] Puesto que tal concepción puede variar de un Estado miembro a otro según consideraciones de orden moral o cultural, procede reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación seguro" (30).

(27) Los riesgos de iusfundamentalización provienen, por ejemplo, de una aplicación imprudente y maximalista del principio de igualdad enunciado por el Tribunal de Justicia: "una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes"; véase, por ejemplo, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd.*, ya citada, donde se hace referencia (apartado 115) a las sentencias de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. p. I-225, apartado 30; de 22 de marzo de 2007, *Talotta*, C-383/05, Rec. p. I-2555, apartado 18, y de 18 de julio de 2007, *Lakebrink y Peters-Lakebrink*, C-182/06, Rec. p. I-6705, apartado 27.

(28) TJCE, sentencia de 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España (Promusicae)* (C-275/06, Rec., apartado 68).

(29) TJCE, sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02, Rec. p. I-9609, apartado 37 y 38).

(30) TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien* (C-244/06, Rec., apartado 44).

En segundo lugar, la proclamación de la Carta de Niza en 2000 ha permitido que los Tribunales comunitarios, sin necesidad de pronunciarse o de reconocer su carácter jurídico vinculante, la tengan en cuenta en su interpretación (31). Así se manifiesta, por ejemplo, en la Sentencia *Varec* donde el Tribunal de Justicia tiene como referencia y en iguales condiciones el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Niza y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (32).

Por último, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el Tribunal de Justicia se enfrentará a tres cuestiones relativas a la Carta de Estrasburgo: su carácter jurídico vinculante, la aplicación diferenciada teniendo en cuenta las reservas del Reino Unido y de Polonia y las relaciones con el Convenio Europeo y con el Tribunal de Estrasburgo, una vez que el Convenio sea ratificado por la Unión Europea.

Sobre el carácter jurídico vinculante de la Carta, éste sólo se puede deducir de su incorporación a los Tratados constitutivos, tal como hacía el artículo 1-9 del Tratado constitucional de 2004 o como hace ahora el Tratado de Lisboa en lo que será el artículo 6.1 de la versión consolidada del Tratado de la Unión conforme al cual: *"La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados"*. Por el momento, el Tribunal de Justicia ya le ha conferido a la Carta de Niza un importante rango a la hora de interpretar el Derecho de la Unión Europea equiparándola al Convenio Europeo; la aplicación de la Carta de Estrasburgo, una vez que entre en vigor el Tratado de Lisboa, resultará aún más sencilla por ser parte de los Tratados constitutivos.

Respecto de la aplicación diferente de la Carta de Estrasburgo en unos Estados miembros respecto de otros, parece que no dejará de ser una aspiración insatisfecha del Reino Unido y, en menor medida,

de Polonia. Ciertamente, el Protocolo nº 30, adoptado en Lisboa, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido recoge en términos especialmente ambiguos una previsión como la de su artículo 1.2 conforme al cual: *"nada de lo dispuesto en el título IV [referido a los derechos y principios de solidaridad] de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional"*. Sin embargo y como ha subrayado J.-V. Louis, el alcance práctico de estos "opt outs" podría ser bastante limitado; en efecto, la salvaguarda de los británicos, bien distinta de las intenciones de los polacos, está justificada en su preocupación por una eventual modificación de su modelo social a través de la jurisprudencia comunitaria europea, de ahí la distinción, contenida ya en la Carta de Niza y reiterada en el Preámbulo del Protocolo, entre derechos y principios, por una parte, y entre las "disposiciones de carácter civil y político" y las de "carácter económico y social", por otra (33).

Por último, las relaciones entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo serán, sin duda, pacíficamente críticas, aunque se clarificarán notablemente. Por una parte, la ratificación por la Unión Europea del Convenio Europeo de Derechos Humanos permitirá un benéfico sometimiento de las Sentencias del Tribunal de Justicia al control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, no dejarán de plantearse, casi en una relación similar a la de los Tribunales Constitucionales y Supremos estatales con los Tribunales comu-

nitarios, situaciones conflictivas. De hecho, en estos momentos se está sustanciando ante el Tribunal de Justicia el asunto *Kadi* (34) donde, a la vista de las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, podría producirse el primer enfrentamiento del Tribunal de Luxemburgo con el Tribunal de Estrasburgo. El prestigioso Abogado General portugués se atreve a subrayar abiertamente las diferencias entre el Tribunal de Luxemburgo, como Tribunal de una organización supranacional de integración, y el Tribunal Europeo, como mero Tribunal internacional, en estos términos: *"Ciertamente es correcto afirmar que, a la hora de garantizar la observancia de los derechos fundamentales en la Comunidad, el Tribunal de Justicia se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, subsisten importantes diferencias entre ambos Tribunales. La misión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Contratantes en virtud del Convenio. Aunque la finalidad del Convenio es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, está concebido para surtir primordialmente efectos como un acuerdo interestatal que crea obligaciones entre las Partes Contratantes en el ámbito internacional. Confirma lo anterior el mecanismo del Convenio para garantizar su ejecución intergubernamental. En cambio, el Tratado CE ha instaurado un ordenamiento jurídico autónomo, que genera directamente derechos y obligaciones tanto para los Estados como para los individuos. La misión del Tribunal de Justicia es actuar como Tribunal Constitucional del ordenamiento jurídico específico que cons-*

(31) Para una sistematización de las referencias judiciales a la Carta, remito al estudio de Ricardo Alonso García y Daniel Sarmiento, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

(32) TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec SA* (C-450/06, Rec., apartado 48).

(33) Jean-Victor Louis, "Bilan d'une réforme. De l'Acte unique européen à la CIG 2007", *Cahiers de droit européen* nº 5-6, 2007, pp. 568-569; y en términos similares, subrayando la perplejidad que el Protocolo nº 30 producirá en el Juez europeo o en los jueces británicos y polacos, se pronuncia Sean Van Raepenbusch, "La réforme institutionnelle du Traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union européenne", *Cahiers de droit européen* nº 5-6, 2007, pp. 573-621.

(34) Se trata de un recurso de casación formulado contra la sentencia de 21 de septiembre de 2005 del Tribunal de Primera Instancia, *Kadi/Consejo y Comisión* (T-315/01, Rec. p. II-3649), que finalmente ha sido resuelto por la sentencia de 3 de septiembre de 2008 de la Gran Sala, (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. apartados 281-286).

tituye la Comunidad. Por consiguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia son únicos en cuanto a su competencia *ratione personae* y en cuanto a la relación de su respectivo sistema jurídico con el Derecho internacional público. Así pues, el Consejo, la Comisión y el Reino Unido pretenden establecer un paralelismo precisamente allí donde finaliza la analogía entre ambos Tribunales" (35).

Prácticamente la misma distinción la señala el Abogado Poiares Maduro respecto de la ausencia de tutela judicial de los derechos fundamentales en las Naciones Unidas. Ahora bien, aun compartiendo tales razonamientos, sólo cabría objetar, en especial en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que de seguir esta opinión y expresarla así en su Sentencia, de una forma particularmente abrupta, no favorecería un futuro entendimiento entre Luxemburgo y Estrasburgo, especialmente necesarios en Europa pues hasta el momento tanto el Tribunal de Estrasburgo como el Tribunal de Luxemburgo han tratado de no interferir en su labor común de tutela judicial de los derechos fundamentales. Por una parte, el Tribunal de Justicia, al menos hasta la adopción de la Carta de Niza, había asumido, en los términos que hemos visto, como propio tanto el Convenio Europeo como la jurisprudencia de Estrasburgo. Del mismo modo, el Tribunal Europeo ya tiene en cuenta en sus razonamientos la existencia de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (36). Asimismo, el Tribunal de Estrasburgo ha elaborado una equilibrada doctrina que asegura la complementariedad de las jurisprudencias de Estrasburgo y de Luxemburgo tal como lo expone en sus Sentencias *Matthews c. Reino Unido*, de 1999, y *Bosphorus c. Irlanda*, de 2005.

En la Sentencia *Matthews c. Reino Unido* el Tribunal de Estrasburgo admite que no puede enjuiciar directamente los actos de la Unión Europea pero se reserva el control sobre los actos de ejecución por los Estados miembros de las obligaciones deri-

vadas de la integración supranacional europea, dado que "el Convenio Europeo de Derechos Humanos no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre y cuando los derechos garantizados por el Convenio sigan siendo «reconocidos» dado que tal transferencia no hace que desaparezca la responsabilidad de los Estados miembros" (37).

Y en la Sentencia *Bosphorus c. Irlanda* el Tribunal Europeo comprueba la equivalencia de la protección judicial dispensada por el Tribunal de Justicia en la Unión Europea por lo que, sin perjuicio de que "la constatación de «protección equivalente» de este tipo no podría ser definitiva sino que debe poder reexaminarse a la luz de cualquier cambio pertinente en la protección de los derechos fundamentales», el Tribunal de Estrasburgo considera que a la vista de la protección judicial ofrecida por la Unión Europea "se puede presumir que un Estado respeta las exigencias del Convenio cuando no hace más que ejecutar las obligaciones jurídicas que derivan de su adhesión a la organización. Semejante presunción puede, no obstante, ser desvirtuada en el marco de un particular supuesto si se estima que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fuese considerada de una insuficiencia manifiesta" (38).

### 3.1.2. La interpretación por los Tribunales nacionales constitucionales: la experiencia de los Tribunales españoles

La relativa juventud de los Tribunales Constitucionales de los países europeos no ha impedido que hayan desarrollado una labor de extraordinaria importancia en la efectiva protección judicial de los derechos fundamenta-

les. El problema que se plantea ahora, después de medio siglo de experiencia, es que los Tribunales Constitucionales se ven cuestionados en Europa, por el fortalecimiento de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, y dentro de su propio país, por el *aggiornamento* producido, gracias a la influencia de los Tribunales Constitucionales, en los mismos Tribunales Supremos. El caso del Tribunal Constitucional español es particularmente significativo y los frutos obtenidos en estos dos últimos decenios son apreciables: mientras que respecto del Tribunal Europeo de Estrasburgo ha adoptado una postura de calurosa acogida y alineamiento, en el caso del Tribunal de Justicia, optó, al menos en un principio, por un preocupante mutismo que, afortunadamente, se ha tornado desde 1995 en una discreta integración de la jurisprudencia comunitaria europea en los razonamientos del Tribunal Constitucional español. Y por lo que se refiere a las continuas batallas mantenidas con el Tribunal Supremo el punto de referencia siempre ha sido la imposible distinción entre lo que sea el plano de constitucionalidad y el plano de legalidad; los efectos de la jurisprudencia constitucional en un alumno tan aventajado como el Tribunal Supremo se reflejan en los reiterados pulsos mantenidos en las situaciones más inverosímiles por ambos Tribunales.

En España el introductor y valedor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha sido el Tribunal Constitucional que, apoyándose en el artículo 10.2 de la Constitución española, ha elaborado su jurisprudencia siguiendo muy de cerca la europea hasta propiciar una generosa apertura de la Constitución española a los derechos fundamentales tal como se consagran en el Derecho internacional. No obstante, el Tribunal Constitucional ha puntua-

(35) Conclusiones del Abogado General Miguel Poiares Maduro, de 16 de enero de 2008, *Kadi/Consejo y Comisión* (C-402/05 P, Rec., apartado 54); y en los mismos términos en las Conclusiones, también de Poiares Maduro, de 23 de enero de 2008, *Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (C-415/05 P, Rec., apartado 54).

(36) TEDH (GC), sentencia de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido* (recurso nº 13229/03, §§ 39 y 40); la sentencia se adoptó con el voto particular parcialmente disidente de 6 de los 17 jueces de la Gran Sala.

(37) TEDH, sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* (recurso nº 24833/1994, §§ 32 y 33).

(38) TEDH, sentencia *Bosphorus c. Irlanda*, de 31 de julio de 2005 (recurso nº 45036/98, §§ 154 a 156 y § 165).

zado, por ejemplo en su Sentencia nº 247/2007, de 12 de diciembre, "los tratados internacionales no constituyen canon de constitucionalidad de los derechos, sino elementos de interpretación de los constitucionalmente proclamados" (39).

En este sentido y tal como ha subrayado L. Martín-Retortillo, podría decirse respecto de los Jueces españoles, que son "Jueces del Convenio Europeo", en sentido similar a su condición de "Jueces de la Constitución" y "Jueces de Derecho comunitario", por lo que "la jurisprudencia de Estrasburgo es nuestra jurisprudencia" (40). De este modo y con la salvedad de algunos problemas procesales para la ejecución en España de las Sentencias condenatorias del Tribunal Europeo, la influencia del Tribunal de Estrasburgo y la recepción de su jurisprudencia en España han tenido un efecto jurídico particularmente saludable (41).

La actitud del Tribunal Constitucional español respecto de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales requeriría muchos más matices. Sin embargo, baste recordar que prácticamente hasta 1995 el Tribunal Constitucional español, a pesar de haber reconocido los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, se resistía a abordar la cuestión relativa a los efectos de la interpretación por el Tribunal de Justicia de los derechos fundamentales, estableciendo un ámbito constitucional íntimo inmune a cualquier consideración o dimensión "comunitaria europea". Sin embargo, poco a poco, el Tribunal Constitucional ha ido matizando su doctrina hasta el punto de equiparar, en virtud del artículo 10.2 de la Constitución, las fuentes convencionales y jurisprudenciales de Estrasburgo y las de la Unión Europea, incluida la jurisprudencia de Luxemburgo.

En su Declaración de 13 de diciembre de 2004, relativa a la ratificación del Tratado Constitucional, el Tribunal español lo plantea de un modo irreplicable y en estos términos: "si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen

*Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento. Sin olvidar, por último, que es del todo claro que la aplicación por el Juez nacional, como Juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional, hipótesis ante la cual tiene sentido plantearse si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la Carta (art. 10.2 CE) es, a su vez, conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia, atenta siempre, como hemos dicho, a los Tratados y Convenios en la materia".*

La respuesta que a continuación ofrece el Tribunal Constitucional es razonablemente aceptable al invocar la flexible vía del artículo 10.2 de la Constitución española y, aun cuando olvida la vía principal de interpretación, que tendría mayor fuerza jurídica, del artículo 93 de la Constitución española, termina confiriendo un "valor interpretativo" a la Carta, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, "no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo 11-112 (como muestran las "explicaciones" que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del

*párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo [...] además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las Constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno" (42).*

Desde bien pronto el Tribunal Constitucional español comprendió la importancia de la Carta de Niza, utilizándola en su argumentación y apelando a ella por lo general para reforzar su propia y autónoma doctrina. Así, en la Sentencia nº 273/2005, de 27 de octubre de 2005, refiriéndose a los derechos de la familia y la protección de la infancia, señala que el artículo 39.4 de la Constitución, relativo a la protección de los niños de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos, como cláusula de cierre "opera una recepción de esas normas de protección entre las cuales es obligado remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño, proclamada por Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1992, y el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001, y cuyo conteni-

(39) TC (Pleno), sentencia nº 247/2007, de 12 de diciembre de 2007 (ponente: Pérez Vera, FJ 20).

(40) Lorenzo Martín-Retortillo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 155.

(41) Sobre las cuestiones procesales y prácticas de la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en España, remito al completo análisis del Consejo de Estado español, *Informe nº E 1/2007*, de 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español, de la Comisión de Estudios, Parte Segunda, pp. 265-336; y especialmente pp. 306-323, véase la valoración doctrinal hecha por Ricardo Alonso García, "La inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 29, enero-abril de 2008, pp. 7-17.

(42) TC (Pleno), Declaración nº 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, sobre la ratificación del Tratado constitucional europeo (ponente: Conde Martín de Hijas, FJ 6). Resulta muy significativo que la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa (BOE nº 184, de 31 de julio de 2008, reproduzca, en su artículo 2 y haciendo mención al artículo 10.2 de la Constitución, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

do (aunque carezca de fuerza vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Título II)" (43).

### 3.2. La protección judicial de los "derechos estatutarios" en el contexto español y europeo

En este contexto europeo la renovación de los Estatutos de Autonomía de las regiones españolas añade un elemento de complejidad a la protección judicial de los derechos fundamentales. Sin embargo y tal como se articula en estos momentos el Ordenamiento y el sistema judicial español, la protección judicial de los derechos fundamentales estatutarios no plantea especiales problemas interpretativos dado que se puede recurrir, *mutatis mutandis* y tanto desde el punto de vista interno español como europeo, a las distintas construcciones que sobre derechos y principios ha elaborado el Tribunal Constitucional.

No obstante, los propios Estatutos son conscientes de que caben interpretaciones y se pueden plantear cuestiones propias de un sistema federal al consagrar los derechos fundamentales estatutarios. En este sentido, resulta significativo el paralelismo entre algunas disposiciones estatutarias y la regulación contenida en los artículos 51.2 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (44). Así, por ejemplo, el artículo 13 del nuevo Estatuto andaluz, referido al "*Alcance e interpretación de los derechos y principios*", dispone:

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

*Ninguno de los derechos o principios contemplados en este Título puede ser interpretado, desarrollado o aplicado de modo que se limiten o reduzcan derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España."*

Por esa razón conviene determinar cuál es el sentido que puede tener la regulación estatutaria de nuevos derechos o principios fundamentales tanto en el contexto constitucional español como en el europeo.

#### 3.2.1. Los derechos estatutarios y la Constitución española en la doctrina del Tribunal Constitucional

En la literatura jurídica española se ha planteado si es legítima, constitucionalmente, la consagración de los nuevos derechos estatutarios y, aun cuando han sido muy matizadas, las respuestas iniciales fueron, por lo general y hasta que se pronunció el Tribunal Constitucional, negativas (45). No obstante, la solución del Tribunal Constitucional a esta cuestión está previsto que se produzca en dos entregas: la primera la constituyen las Sentencias nº 247/2007 y 249/2007, de 12 y 13 de diciembre de 2007, y la segunda, que aclarará casi definitivamente el panorama, será la Sentencia relativa a la constitucionalidad del nuevo Estatuto para Cataluña.

En la Sentencia nº 247/2007, de 12 de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional responde a un recurso de

inconstitucionalidad promovido por el Gobierno aragonés contra la reforma de 2006 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la medida en que consagra "*el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad*" (46). En la Sentencia nº 249/2007, de 13 de diciembre de 2007, se plantean las mismas cuestiones en un recurso formulado por el Gobierno castellano-manchego y, simplemente, aplica la doctrina de la Sentencia nº 247/2007 (47).

La constitucionalidad de la proclamación estatutaria de "*derechos fundamentales*" sólo ha sido reconocida por 7 de los 12 Magistrados observándose una importante fractura en el Tribunal Constitucional, aunque ya aparecen apuntadas algunas líneas de lo que parece que será la doctrina del Tribunal Constitucional. En ambas Sentencias el Tribunal Constitucional responde a lo que él mismo denomina "*la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía regulen derechos de los ciudadanos*". Mientras que la mayoría del Tribunal Constitucional ofrece un matizado sí, entre los votos particulares, como es el caso del Magistrado Rodríguez Arribas, se plantea y resuelve muy simplemente el dilema: "*La cuestión nuclear es la de si en los*

(43) TC (Pleno), sentencia nº 273/2005, de 27 de octubre de 2005 (ponente: Pérez Vera, FJ 6); del mismo modo y respecto de la "orientación sexual", cita la Carta de Niza en TC (Sala 2ª), sentencia nº 41/2006, de 13 de febrero de 2006 (ponente: Pérez Vera, FJ 3).

(44) El tenor del artículo 51.2 de la Carta comunitaria es como sigue: "La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados". Conforme al artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión: "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los Convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros".

(45) Véanse, por ejemplo, los estudios contenidos en el número especial sobre Derechos Fundamentales de la revista *Teoría y Realidad Constitucional* nº 20, 2007; y, en particular, los de Raúl Canosa Usera, "La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía", pp. 61-115; Francisco Javier García Roca, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", pp. 117-143; Enrique Álvarez Conde y Rosario Tur Ausina, "Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela «multilevel»", pp. 231-276; o Ángel Ignacio Villaverde Menéndez, "La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales: forma de Estado y derechos fundamentales", pp. 321-357. Asimismo, en la *Revista Española de Derecho Constitucional* se ha entablado en sucesivos números este mismo debate doctrinal: Luis María Díez-Picazo Ponce de León, "¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?", *REDC* vol. 26, nº 78, 2006, pp. 63-75; Francisco M. Caamaño Domínguez, "Sí, pueden: (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)", *REDC* vol. 27, nº 79, 2007, pp. 33-46; Marc Carrillo López, "Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía", *REDC* vol. 27, nº 80, 2007, pp. 49-73.

(46) TC (Pleno), sentencia nº 247/2007, de 12 de diciembre de 2007 (ponente: Pérez Vera).

(47) TC (Pleno), sentencia nº 249/2007, de 13 de diciembre de 2007 (ponente: Delgado Barrio).

**Estatutos de Autonomía caben tablas de declaraciones de derechos y en su caso derechos subjetivos. A mi juicio, esta cuestión debió resolverse con contundencia en sentido negativo, en ambos aspectos”.**

En el punto de partida de la Sentencia nº 247/2007 se aborda lo que significa el Estado autonómico para los derechos fundamentales y para los principios. En cuanto a los derechos consagrados en los artículos 15 a 38 de la Constitución, el Tribunal Constitucional puntualiza: *“el artículo 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”.* Asimismo, el Tribunal Constitucional considera más afectados aún por el Estado autonómico los principios rectores de la política social y económica y, después de recordar su naturaleza, en especial, su falta de aplicabilidad y de justiciabilidad inmediatas y a pesar de su valor constitucional, precisa que estos principios *“se proyectan también con el alcance señalado sobre las competencias normativas de las Comunidades Autónomas porque van dirigidos, como se acaba de decir, a todos los poderes públicos sin excepción con el alcance y eficacia que les otorga el art. 53.3 CE”* (FJ 13).

Y a continuación, el Tribunal Constitucional señala el límite constitucional a la proclamación de derechos fundamentales estatutarios en estos términos: *“los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos”.* Esto significa, por una parte y a juicio del Tribunal Constitucional, que *“los derechos constitucionales no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía”.* Sin embargo, tal regla no impide que el Tribunal Constitucional tolere la simple reproducción de los derechos

constitucionales en los Estatutos, de modo que *“si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario»* (FJ 15, *in fine*).

En cambio y por otra parte, a juicio del Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a la consagración de principios de carácter económico y social, *“cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos”,* sostiene que *“tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada”.* Esto significa que tales principios o prescripciones estatutarias *“habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente estatuto”* y son *“manifestación del ejercicio por el legislador estatutario de un cometido que la Constitución le atribuye, dan lugar a que, en su desarrollo, las Asambleas de las Comunidades Autónomas puedan en ejercicio de su autonomía política establecer derechos, con sometimiento a los límites constitucionales expuestos, salvaguardando, de un lado, el sustrato de igualdad general en todo el territorio nacional de los derechos regulados en la Constitución y, de otro, las competencias que la misma atribuye al Estado»* (FJ 15).

Estas premisas le permiten al Tribunal Constitucional admitir la constitucionalidad del *“derecho estatutario al agua”* en la medida en que, por una parte, el Estatuto valenciano no enuncia un derecho que haya sido regulado en el Capítulo II del Título I de la Constitución; y, por otra parte, este nuevo derecho estatutario no goza de la triple condición que a los derechos constitucionales reconoce el artículo 53.1 CE: regulación reservada a la Ley,

respeto de su contenido esencial y vinculación a todos los poderes públicos (FJ 18).

En el voto discrepante del Magistrado Conde Martín de Hijas se refleja su desacuerdo con la mayoría en cuanto que *“pueda ser compatible con esa unidad y con esos límites el que los Estatutos de Autonomía (como si de auténticas Constituciones se tratase –parte dogmática–) puedan incluir declaraciones de derechos, atribuibles por la sola condición de españoles residentes en la Comunidad de que se trate, por más que con un recurso dialéctico, para mí inaceptable, se niegue apriorísticamente la condición de derechos propiamente tales a los así declarados por el texto estatutario de que se trate, para salvarlos de la invalidez, transformándolos en meros principios, orientaciones o directrices para el ejercicio de las competencias atribuidas en el Estatuto a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, y ello sin condicionar esa apreciación a un juicio concreto sobre los términos precisos de la norma estatutaria de que se trate”.* En el mismo sentido, el Magistrado Sala Sánchez resume claramente su criterio en la siguiente proposición: *“Y puesto que el artículo 139.1 CE proclama la igualdad de derechos y el Estatuto es desigualdad –art. 138.2 CE–, quíerese decir que éste no es, evidentemente, cauce adecuado para la proclamación de derechos [...] En definitiva, pues, los Estatutos, obra de un mismo legislador, con rechazo, por tanto, de «diferenciaciones», no son el ámbito normativo adecuado para el establecimiento de derechos que han de implicar diferencias –art. 138.2 CE–: su inclusión en el Estatuto ha de estar inspirada [por] criterio profundamente restrictivo”.* Sin embargo, en el examen particular del *“derecho al agua”* considera que se trata de un derecho que carece de virtualidad jurídica por lo que no sería inconstitucional su consagración estatutaria.

En el mismo sentido el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez plantea y resuelve la controversia en estos tér-

del mismo  
nº 41/2006,

amplia el  
si crea nin-  
definidas  
ción: “Nin-  
iva de los  
plicación,  
s que son  
protección  
nes de los

entales de  
Usara, “La  
rcia Roca,  
Derechos  
“Los dere-  
Villaverde  
derechos  
entablado  
ueden los  
p. 63-75;  
onomía)”,  
cional de

minos: "El problema de si caben o no en los nuevos Estatutos de Autonomía «tablas de derechos estatutarios» era, en efecto, la cuestión nuclear del recurso de inconstitucionalidad que se ha resuelto en este caso. Pues bien, no hay que olvidar que la Constitución reza claramente que «todos los españoles tendrán los mismos derechos en cualquier parte del territorio del Estado» y que en los debates parlamentarios constituyentes no se encuentra absolutamente nada que ponga en duda la significación de ese texto [...] Admitir que sí caben tablas autonómicas de derechos –que será la conclusión práctica a la que abocarán en el futuro las finas y matizadas excepciones que contiene la doctrina del FJ 15 de la Sentencia y que el artículo 139.1 CE dice únicamente lo que resulta del citado Fundamento Jurídico 14 *in fine*– producirá también problemas de aplicación práctica de imposible solución en nuestro sistema de fuentes, salvo que se traigan a colación en el futuro otros preceptos constitucionales, que permitan solucionar las antinomias irresolubles que se plantearán a los Jueces y Tribunales ordinarios ante un panorama de fuentes realmente inviable y confuso".

La Sentencia del Tribunal Constitucional relativa al Estatuto catalán es especialmente esperada y en la misma se decidirá, seguro que con importantes discrepancias, esta cuestión. Probablemente y aun cuando la Sentencia sea desestimatoria o parcialmente estimatoria, la mayoría del Tribunal Constitucional ofrecerá una interpretación desleída de los "derechos fundamentales estatutarios" sometidos, como es natural, a las normas constitucionales y, lo que es más importante, sujetando claramente su interpretación al control y a la garantía del Tribunal Constitucional.

### 3.2.2. La interpretación por los Jueces ordinarios españoles de los nuevos derechos fundamentales estatutarios en el contexto constitucional español y europeo

A diferencia del pesimismo del Magistrado Rodríguez-Zapata, no creo que los Jueces españoles tengan problema alguno ante la inflación o la riqueza, según se mire, de catálogos de derechos fundamentales para su protección efectiva; aunque parece inevitable que la polifonía resultante deberá ser sometida a una armonía que en España sólo puede asegurar, por el momento, el mismo Tribunal Constitucional. Los Jueces españoles, sometidos a un Tribunal Supremo y a un Tribunal Constitucional, no tendrán que pugnar por ganar espacios o autonomía a la hora de interpretar todo el ordenamiento jurídico sin desdeñar la autonomía que se puede reconocer a cada uno de los Derechos a que quedan anclados los catálogos de derechos fundamentales, europeo, comunitario europeo, y ahora de los derechos estatutarios en un ámbito regional o autonómico.

En este sentido era muy significativo el artículo 27.4 del Proyecto de Estatuto vasco conforme al cual: "Asimismo, en relación con la competencia de los órganos jurisdiccionales en la Comunidad de Euskadi, las anteriores previsiones de este artículo se entenderán sin perjuicio de la jurisdicción que, en amparo y protección de los derechos fundamentales, corresponde al Tribunal Constitucional, así como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede actual en Estrasburgo, de acuerdo con sus respectivas regulaciones en vigor".

Más inquietante, en cambio y por lo que pudiera encubrir, sería la previsión del Estatuto catalán contenida en su artículo 38 relativo a la tutela por el Consejo de Garantías Estatutarias y por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Por una parte, en el artículo 38.1 del Estatuto dispone: "Los derechos reconocidos por los Capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña son tutelados por el Consejo de Garantías Estatutarias, de acuerdo con lo establecido por el artículo 76.2.b) y c)". Del mismo modo, el artículo 38.2 del Estatuto prevé: "Los actos que vulneren los derechos reconocidos por los

Capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña serán objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con los procedimientos establecidos en las Leyes».

Debe notarse la diferente naturaleza jurídica del Consejo de Garantías Estatutarias y del Tribunal Superior de Justicia. El Consejo de Garantías Estatutarias ha asumido finalmente meras funciones consultivas y a pesar de que, como dispone el artículo 76.4 del Estatuto catalán, sus dictámenes "tienen carácter vinculante con relación a los proyectos de Ley y las proposiciones de Ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto". En cambio, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña queda incardinado en el sistema judicial español y depende, a todos los efectos y por lo que aquí importa, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la protección por los Jueces españoles de los derechos estatutarios en el contexto europeo, es decir, respecto del Tribunal Europeo de Estrasburgo y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, la experiencia permite augurar que los Jueces disfrutarán de una posición especialmente cómoda e incluso verán reforzado su poder. La comodidad deriva de que el Juez ordinario actúa, al mismo tiempo y sin riesgo de esquizofrenia, como Juez europeo, Juez comunitario, Juez constitucional, Juez estatutario y Juez de la legalidad, con lo que puede y debe conseguir una interpretación apropiada para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y el reforzamiento de los poderes del Juez español deriva de dos mecanismos puestos en sus manos que le permiten plantear cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Derecho comunitario europeo ante el Tribunal de Justicia y en determinados supuestos debe formular al Tribunal Constitucional cuestiones sobre la constitucionalidad de las Leyes, sean estatales o autonómicas, lo que incluye a los mismos Estatutos de Autonomía; es decir, por vía prejudicial o mediante el

ante Título y  
os y deberes  
aluña serán  
el Tribunal  
ataluña, de  
entos esta-

2 naturale-  
: Garantías  
Superior de  
ntías Esta-  
ente meras  
sar de que,  
4 del Esta-  
es "tienen  
ción a los  
posiciones  
esarrollen  
ocidos por  
ambio, el  
i de Cata-  
el sistema  
todos los  
porta, del  
inal Cons-

or los Jue-  
hos esta-  
ropeo, es  
Europeo  
al de Jus-  
perencia  
es disfru-  
ialmente  
rizado su  
de que el  
o tiempo  
a, como  
rio, Juez  
io y Juez  
e puede  
retación  
erechos  
nos. Y el  
del Juez  
animos  
permi-  
diciales  
Derecho  
Tribunal  
supues-  
Consti-  
nstitu-  
tatales  
e a los  
mía; es  
ante el

ordenamiento de la inconstitucionalidad. El juez español puede suscitar el problema judicial sobre la interpretación de los derechos fundamentales en Europa y en España.

En cualquier caso, el examen de los derechos estatutarios fundamentales desde el punto de vista europeo no plantea problema alguno dado que tanto el Tribunal de Estrasburgo como el Tribunal de Luxemburgo que por lo general, hacen abstracción de cualquier diferenciación interna entre el Estado y los poderes infraestatales en este caso las Comunidades Autónomas, al considerar siempre la actuación de las autoridades españolas como imputable, en la tradicional concepción iusinternacional, al Reino de España.

### Conclusión

Los procesos de constitucionalización y de estatutarización de los derechos fundamentales en Europa y en España tienen, básicamente, una explicación muy parecida en la medida en que cada nivel de Gobierno pretende dotarse de un Ordenamiento constitucional lo más autónomo posible y que, no obstante, encarna, según el nivel de referencia –superior o inferior–, una pretensión de imposición jerárquica respecto de los Ordenamientos inferiores y de máxima desvinculación respecto de los Ordenamientos superiores, tomando como referencia siempre el nivel de Gobierno estatal que se ve sobrepasado por arriba y que resulta erosionado por abajo. En el caso de los ciudadanos, ajenos a la lucha por el poder, quizá estén justificados en un mayor nivel de integración o de autonomía, los derechos fundamentales, que cobran sentido cuando pueden invocarlos judicialmente en defensa de sus intereses.

Así como la proclamación desafortunada de Cartas y Estatutos con nuevos derechos fundamentales corre un cierto riesgo de banalización de los derechos humanos, la aplicación por distintos Tribunales y en diversos niveles jurisdiccionales puede conducir a una iusfundamentalización de todo el

Ordenamiento por el Juez ordinario que, tratando de imitar la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo, podrían olvidar la necesidad de aplicar todo el Ordenamiento, ciertamente dentro de los límites y con respeto a los derechos fundamentales.

Desde un punto de vista judicial, la distinción en materia de derechos fundamentales entre derechos propiamente dichos y principios sólo se traduce en un mayor o un menor grado de garantía o de tutela; de este modo y evolutivamente un principio tiende a convertirse en un derecho y también a veces las circunstancias históricas o económicas y sociales contribuyen a degradar un derecho fundamental hasta el punto de convertirlo en un mero principio. Ahora bien, los intentos de establecer una "Europa a la carta", e incluso un elenco de derechos fundamentales a la carta en sintonía con el Protocolo del Tratado de Lisboa sobre las excepciones británica y polaca a la aplicación de la Carta de Estrasburgo, no parece que tengan especiales consecuencias en Europa; pero tampoco deberían tenerlas en España donde se ha fijado un claro límite en la exigencia constitucional de garantizar la igualdad básica de los derechos fundamentales de los españoles que debe asegurar el Tribunal Constitucional y también los Tribunales ordinarios.

En España y a diferencia de otros procesos históricos bien conocidos del federalismo, la construcción del Estado de las Autonomías no parte de una confederación de Estados y culmina en una Federación de Estados donde paulatina y judicialmente se impone la unidad y la uniformidad de derechos entre los ciudadanos (tal es el caso paradigmático de los Estados Unidos de América, Alemania y, en menor medida, de la propia Unión Europea), sino que partiendo de una férrea unidad centralista se pretende introducir una cierta autonomía y diversidad. El problema en ambos casos es de equilibrio: cuándo se consigue la suficiente unidad sin afectar a la diversidad en Estados Unidos o en Alemania o en la Unión Europea, y

hasta qué punto cabe admitir la diversidad dentro de la originaria unidad en el supuesto de España. Dado que en España y por ahora existe un firme convencimiento de la supremacía de la Constitución y ésta cuenta con un único intérprete supremo, como es el Tribunal Constitucional, los riesgos de divergencia en materia de derechos fundamentales, a partir de la interpretación de los distintos Estatutos de Autonomía, quedan conjurados. En este sentido y aun cuando exista algún riesgo de autonomizar el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que en parte resulta probable con la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos del conocimiento de los distintos recursos de casación, la Constitución y la interpretación por el Tribunal Constitucional, así como la función residual que mantiene el mismo Tribunal Supremo en gran parte del ordenamiento jurídico, operan, sin lugar a dudas, como límites suficientemente sólidos frente a las pretensiones de una descentralización territorial del poder en su expresión maximalista.

En el caso de la consagración de los derechos estatutarios, su grado máximo de protección es el dispensado por los Tribunales ordinarios, en particular por los respectivos Tribunales Superiores de Justicia, lo que, en principio, supone el sometimiento al eventual recurso de casación ante el Tribunal Supremo y, desde luego y en todo caso, el control por el Tribunal Constitucional. Ciertamente, detrás del texto estatutario, como ocurre por ejemplo con el vigente del Estatuto catalán, se aprecian aspiraciones rupturistas que con gran facilidad podrían convertir el Consejo de Garantías Estatutarias en Tribunal Constitucional catalán y el Tribunal Superior en Tribunal Supremo de Cataluña.

Pero también el problema, paradójicamente, se agudiza y al mismo tiempo se equilibra cuando se ponen en marcha dos procesos en sí mismos contradictorios como son el de la integración europea y el de la descentralización territorial; por eso debe tenerse en cuenta y mantener la coherencia para defender como

razonable la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, pero rechazar la adopción de derechos fundamentales regionales. Por eso, la única manera de superar una contradicción interna tan evidente, como la que representa el binomio integración y descentralización, es pensando siempre en clave ciudadana, en lo que beneficia a los ciudadanos, y no en los intereses de las instituciones, sean quienes fueren sus titulares: políticos, Jueces, funcionarios, etc. De este modo, el contexto europeo de la protección de los derechos huma-

nos ejerce una función de corrección y de homogeneización de las singularidades regionales de los distintos países europeos. Se está produciendo un fenómeno de federalización en la consagración "*constitucional*" de los derechos fundamentales en los distintos niveles de Gobierno –regional, estatal, comunitario europeo y europeo–, que, sin embargo, mantienen una fuerte cohesión por su interpretación judicial sometida ella misma a una creciente jerarquización. Entre tal maraña de instituciones, ávidas de obtener más poder y de utilizar cual-

quier *coartada* para ello, debería quedarnos claro a los ciudadanos que son los Jueces quienes les garantizarán sus derechos, incluidos los fundamentales, sea cual sea la Constitución, la Carta, el Convenio o el Estatuto que, en su caso, se aplique. Ciertamente y en manos de los Jueces se inicia un proceso cada vez más intenso de interacción y de una cierta jerarquización que sólo está clara si se identifica al Tribunal que, en realidad, tiene la última palabra; aunque, conviene precisarlo, la última palabra corresponde a la sociedad, pertenece al pueblo.

