

¿PUEDEN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DECLARAR DERECHOS, DEBERES Y PRINCIPIOS?

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO

I

El problema que se va a analizar aquí es si resulta constitucionalmente lícito que los Estatutos de Autonomía declaren derechos, deberes y principios. Obsérvese bien que el problema no es qué ocurre cuando una norma estatutaria declarativa de derechos es contraria a la Constitución o, en su caso, a algún otro precepto del bloque de la constitucionalidad. Es evidente que esa norma estatutaria es inconstitucional y, por tanto, que deberá ser invalidada. El problema es anterior y de alcance general: ¿pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos aun no conculcando ningún precepto sustantivo de la Constitución? En otras palabras, ¿es el Estatuto de Autonomía un tipo de norma idóneo para declarar derechos?

Antes de intentar dar respuesta a dicho interrogante, es conveniente hacer algunas aclaraciones para evitar malentendidos:

1) Aunque en lo sucesivo se hablará sólo de normas estatutarias declarativas de derechos, ello se debe a razones de pura economía del lenguaje. Cuanto sigue vale también para las normas estatutarias que establecen deberes o principios rectores en materia económica y social; y ello sencillamente porque, al igual que sucede con las normas que declaran derechos, también las que establecen deberes y principios rectores imponen límites materiales a los poderes públicos y, en particular, al legislador.

2) Las normas estatutarias declarativas de derechos no son, en rigor, una novedad radical de los últimos procedimientos de reforma de Estatutos. Bastantes Estatutos de Autonomía tradicionales contenían algunas normas de esa índole. Pero la verdad es que eran pocas y, sobre todo, tenían una muy escasa vocación de aplicación efectiva. Se trataba de normas meramente

programáticas, cuando no de simples proclamaciones simbólicas. Lo novedoso de la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana o del nuevo Estatuto de Cataluña —así como de otros proyectos en curso que siguen esos ejemplos— es que recogen prolijas declaraciones de derechos, aparentemente con pretensión de plena obligatoriedad. Este extremo es importante, porque abre un nuevo escenario: las pocas observaciones doctrinales existentes a este respecto no son útiles, ya que fueron hechas en un contexto en que las normas estatutarias declarativas de derechos no eran problemáticas. Es significativo que los principales autores que se han ocupado de los Estatutos de Autonomía como tipo de norma hayan tocado esta cuestión sólo de pasada. Esto significa que el verdadero debate sobre este problema comienza ahora.

3) Que el problema haya surgido a raíz del nuevo Estatuto de Cataluña —mucho menos ha dado que hablar la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana— no implica que lo que se diga a continuación tenga que ver específicamente con aquél. Algunos destacados constitucionalistas han criticado la declaración de derechos catalana, en términos de oportunidad o de política constitucional y, además, han expresado reservas sobre la constitucionalidad de algunos de sus preceptos. (Véanse V. Ferreres Comella, «Derechos deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», y P. Biglino Campos, «Los espejismos de la tabla de derechos», ambos en el volumen colectivo *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 1996, págs. 9 y sigs. y 39 y sigs., respectivamente; y L. Martín-Retortillo Baquer, «Derechos humanos y Estatutos de Autonomía», en *Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 3/2006, págs. 13 y sigs.). Ya se ha señalado que el problema aquí abordado es otro, a saber: si, cualquiera que sea su contenido, las normas estatutarias declarativas de derechos son constitucionalmente lícitas.

4) Dicho todo lo anterior, hay un argumento últimamente en circulación que, en mi opinión, puede ser desechado *in limine*. Se trata del argumento según el cual las normas estatutarias declarativas de derechos serían contrarias a los arts. 139.1 y 149.1.1 de la Constitución. Aunque el tenor literal del art. 139.1 —así como, muy probablemente, la intención de los redactores de la Constitución— daría base para sostener que los Estatutos de Autonomía no pueden recoger declaraciones de derechos, la verdad es que la interpretación establecida concibe dicho precepto como una prohibición de que los legisladores autonómicos discriminen entre españoles. Opera, así, un mandato de igualdad dentro de cada ordenamiento autonómico, lo que nada dice acerca de la posible existencia de declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía. Y en cuanto al art. 149.1.1, la posibilidad de dictar legislación básica para asegurar la igualdad de todos los españoles «en el ejercicio de los dere-

chos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» no puede ser suprimida o restringida por un Estatuto de Autonomía; es decir, con normas estatutarias declarativas de derechos o sin ellas, siempre cabrá hacer uso del art. 149.1.1 CE.

II

Entrando ya de lleno en la cuestión, lo primero que hay que constatar es que hacer declaraciones de derechos no está entre las materias que el art. 147.2 CE enumera como propias de los Estatutos de Autonomía. Este es ya, sin duda, un argumento en contra de la licitud constitucional de las normas estatutarias declarativas de derechos: cabe entender, a la vista del citado art. 147.2 CE, que los Estatutos de Autonomía son un tipo de norma con contenido constitucionalmente tasado.

Algún autor, sin embargo, ha negado esto recientemente (véase M. Carriello López, «La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos», en el volumen colectivo *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña* arriba citado, en especial págs. 65 y sigs.). Aduce básicamente tres razones: primera, que adoptar una declaración de derechos es una expresión de autogobierno; segunda, que, junto a un contenido necesario, existiría un contenido posible de los Estatutos de Autonomía; y tercera, que el derecho comparado ofrece ejemplos de «entes subestatales» con sus propias declaraciones de derechos. Ninguna de estas razones es convincente.

La afirmación de que tener una declaración de derechos supone una manifestación de autogobierno ha sido ya criticada por Víctor Ferreres: si autogobernarse significa diseñar y desarrollar políticas diferenciadas en las materias de la propia competencia, establecer límites materiales a la actuación de los poderes públicos —no otra cosa es adoptar una declaración de derechos con vocación de aplicación efectiva— implica, en rigor, decir lo que no puede hacerse en uso del autogobierno (*loc. cit.*, págs. 17 sigs.). A ello habría que añadir que la palabra «autogobierno» es ambigua y, desde luego, carece de un significado técnico en el derecho español. Si autogobierno es autonomía, deberá configurarse y ejercerse dentro de lo previsto por la Constitución, incluido su art. 147.2, por lo que se volvería al punto de partida. Y si autogobierno significa otra cosa, quienes usan la palabra habrán de explicar claramente qué quieren decir.

En cuanto a que existiría un contenido necesario y otro meramente posible de los Estatutos de Autonomía, se trata de una idea ciertamente novedosa,

que fue formulada en el Dictamen del Consell Consultiu de 1 de septiembre de 2005, sobre el entonces proyecto de nuevo Estatuto de Cataluña. Pero sucede que el Consell Consultiu hizo esa afirmación *ex auctoritate sua*, sin verdaderos apoyos jurisprudenciales o doctrinales anteriores. Al menos hasta ahora, lo único que se discutía seriamente acerca del contenido de los Estatutos de Autonomía era si aquellas materias cuya regulación les es atribuida por la Constitución en preceptos distintos del art. 147.2 forman parte de su contenido necesario, o son simplemente un contenido posible. Tales materias serían, por ejemplo, la designación de Senadores autonómicos (art. 69.5), los convenios entre Comunidades Autónomas (art. 145), las demarcaciones judiciales (art. 152.2), o la colaboración en la recaudación de tributos estatales (art. 156.2). ¿Es constitucionalmente necesario o simplemente posible que los Estatutos de Autonomía regulen estas materias? La cuestión, en otras palabras, era si las materias constitucionalmente reservadas a los Estatutos son más amplias que lo que podría denominarse el «contenido mínimo» de todo Estatuto de Autonomía, sin el cual éste no podría funcionar ni, por tanto, ser reconocido como tal (véase, por todos, C. Aguado Renedo, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, págs. 301 y sigs., que es la obra más completa en este ámbito). Ahora bien, cualquiera que sea la postura de cada uno al respecto, se trataba siempre de materias cuya regulación corresponde expresamente a los Estatutos. Cosa radicalmente distinta es sostener que éstos pueden regular materias distintas a las constitucionalmente previstas. Esto último carecía de precedentes hasta ahora —fuera de las proclamaciones simbólicas arriba mencionadas, escasas y normalmente inocuas— y, desde luego, no encuentra justificación en la jurisprudencia constitucional ni en la mejor doctrina.

Está, en fin, la invocación del derecho comparado. Es cierto que, en algunos sistemas federales, las constituciones de las entidades federadas recogen declaraciones de derechos. Pero ello nada dice acerca de si, en el derecho español vigente, es constitucionalmente lícito que los Estatutos de Autonomía recojan declaraciones de derechos. Víctor Ferreres y Paloma Biglino han recordado algo no por obvio menos importante, a saber: que el Estado autonómico español no es asimilable en todos sus aspectos a un genuino sistema federal (*loc. cit.*, págs. 12 y sigs. y 41 y sigs., respectivamente). Hay al menos dos importantes diferencias: una, que en el Estado autonómico español no es la Constitución la que distribuye las competencias, sino los Estatutos de Autonomía; y otra, probablemente consecuencia de la anterior, que los Estatutos de Autonomía no son aprobados y reformados sólo por la correspondiente Comunidad Autónoma, sino que se exige también la intervención de las Cortes Generales mediante ley orgánica (arts. 81.1 y 147.3 CE). En un Estado fede-

ral típico, en otras palabras, las entidades federadas poseen un «poder constituyente residual», en el sentido de que establecen sus propias constituciones sin más límite que no vulnerar la constitución y el derecho federales. Ello es posible, entre otras razones, porque se limitan a disponer sobre ellas mismas; es decir, desde el momento en que las competencias están ya fijadas por la constitución federal, las constituciones de las entidades federadas se limitan a ser normas autoorganizativas. Esto explica que puedan recoger declaraciones de derechos sin poner en cuestión el diseño del conjunto. No existe similitud en este extremo, por tanto, entre los Estatutos de Autonomía españoles y las constituciones de entidades federadas.

A lo que se acaba de decir convendría añadir otra observación: aun cuando la comparación esté bien hecha, dista de ser evidente que el derecho comparado sea un método válido para interpretar las normas jurídicas nacionales. No es ésta, ciertamente, la sede adecuada para adentrarse en este intrincado problema; pero hay algo que puede afirmarse sin temor: una cosa es utilizar la comparación para encuadrar y comprender mejor el problema de que se trate e, incluso, para reforzar otros argumentos (literales, sistemáticos, teleológicos, etc.); y otra cosa muy distinta es basar la interpretación de las normas jurídicas nacionales exclusivamente en consideraciones de derecho comparado.

III

Llegados a este punto, puede ser útil abrir un inciso. Las declaraciones de derechos recogidas en constituciones de entidades federadas plantean más problemas de los que sospechan quienes las aducen como modelo a seguir. Su articulación con la declaración de derechos de la constitución federal no es en absoluto automática e indolora y, desde luego, no se puede llevar a cabo diciendo simplemente que las declaraciones de derechos de las constituciones de las entidades federadas no vinculan a los poderes públicos federales.

Un buen ejemplo de todo ello viene dado por los Estados Unidos, donde existe una tradición rica y antigua de declaraciones estatales de derechos. Tan es así que algunas de ellas son anteriores al propio *Bill of Rights* federal (véase, para cuanto sigue, T. C. Marks Jr. y J. F. Cooper, *State Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1988, pág. 37; y S. S. Abrahamson y C. G. Curtis Jr. «State Constitutions and Individual Rights», en K. L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, OUP, New York/London, 1992, págs. 823-825).

Pues bien, en el derecho norteamericano, las relaciones entre las declaraciones estatales y el citado *Bill of Rights* federal se rigen por la llamada *Inde-*

pendent and Adequate State Ground Doctrine. Esta construcción jurisprudencial, que se remonta a la sentencia del Tribunal Supremo *Murdock v. City of Memphis* (1874), puede formularse así: cuando una sentencia de un tribunal estatal tiene una doble fundamentación jurídica —una de derecho estatal, y otra de derecho federal—, los tribunales federales deben abstenerse de controlar en vía de recurso la corrección de la aplicación hecha del derecho federal siempre que la fundamentación de derecho estatal opere al margen de cualquier consideración de derecho federal («independiente») y sea por sí sola suficiente para resolver el asunto («adecuada»). Ni que decir tiene que esta construcción jurisprudencial responde, en definitiva, a exigencias de economía procesal: de nada serviría que los tribunales federales corrigieran la errónea aplicación del derecho federal hecha por los tribunales estatales si éstos luego pudieran decidir lo mismo simplemente aplicando el derecho estatal. Conviene observar, además, que la *Independent and Adequate State Ground Doctrine* no agota su virtualidad en el terreno de las declaraciones de derechos, sino que se aplica, más en general, a todos aquellos supuestos en que un mismo asunto puede ser resuelto mediante el derecho estatal y mediante el derecho federal.

Por lo que se refiere específicamente a las declaraciones estatales de derechos, la *Independent and Adequate State Ground Doctrine* trae consigo dos consecuencias. Por un lado, un derecho reconocido en una declaración estatal podrá ser aplicado en todos aquellos supuestos en que no haya interferencia alguna con el derecho federal, es decir, en aquellos supuestos que se rijan exclusivamente por el derecho estatal. Hay que subrayar que, para que esto suceda, no basta que no haya ningún derecho del *Bill of Rights* federal en juego, sino que es preciso, además, que la norma de la declaración estatal que se trata de aplicar no contravenga ninguna otra norma (constitucional, legal, jurisprudencial, o incluso convencional) de derecho federal. Por otro lado, un derecho reconocido en una declaración estatal podrá también ser aplicado cuando, aunque el caso pudiera ser resuelto mediante el derecho federal, aquél permite decidir el asunto sin vulnerar éste.

La primera de las consecuencias mencionadas es relevante cuando el derecho reconocido en una declaración estatal no tiene equivalente alguno en el *Bill of Rights* federal. Así, por ejemplo, algunas constituciones estatales han proclamado el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la educación, el derecho a la privacidad, etc. Ninguno de ellos tiene, en puridad, reflejo a nivel federal. La aplicación de las declaraciones estatales de derechos es entonces relativamente sencilla. Lo único que hay que verificar es que no entra en colisión con ninguna otra norma de derecho federal, aunque sea ajena al *Bill of Rights*.

La segunda de las consecuencias mencionadas es relevante, en cambio, cuando hay un equivalente en el *Bill of Rights* federal. Por ejemplo, algunas constituciones estatales han establecido que la libertad de expresión rige en lugares de propiedad privada abiertos al público, tales como los centros comerciales; y otras han dispuesto que la pornografía está amparada por la libertad de expresión. Ni que decir tiene que la libertad de expresión está consagrada a nivel federal; pero nunca se ha reconocido que sea invocable en lugares de propiedad privada, ni que ofrezca cobertura a la pornografía. En este tipo de casos, la dificultad estriba en determinar si la fundamentación jurídica de derecho estatal es verdaderamente independiente en el sentido de la *Independent and Adequate State Ground Doctrine* o, dicho de otra manera, si el derecho reconocido por una declaración estatal no contraviene en realidad a su equivalente federal. Argumentar que las constituciones estatales siempre pueden dar un «mayor nivel de protección» a los derechos proclamados en el *Bill of Rights* federal sería excesivamente simplista. Hablar de un mayor nivel de protección sólo es posible, por decirlo en terminología europea, cuando el derecho en cuestión no tiene que ser ponderado con otro derecho o, en su caso, con otro valor digno de protección. Cuando entra en juego la ponderación, dar más a uno implica dar menos a otro. Es muy significativo, en este sentido, que los tribunales norteamericanos, lejos de decir que las constituciones estatales siempre pueden dar más que el *Bill of Rights* federal, tiendan a resolver en función de las específicas características de cada asunto.

Más aún, en un intento por formalizar el funcionamiento de la *Independent and Adequate State Ground Doctrine* cuando el derecho reconocido por una constitución estatal tiene un equivalente federal, el Tribunal Supremo ha introducido el llamado *plain statement test*. Ocurre con relativa frecuencia en este tipo de casos que, para fundamentar sus sentencias, los tribunales estatales traen a colación tanto la Constitución de los Estados Unidos como su correspondiente constitución estatal, que a veces es más generosa que aquélla o se interpreta en un sentido distinto que aquélla. Por ejemplo, aun cuando la norma constitucional estatal tenía una redacción similar a su equivalente federal, durante algún tiempo el Tribunal Supremo de Florida impuso condiciones más severas para el registro policial en automóviles. ¿Pueden los tribunales federales conocer de estos asuntos en vía de recurso? La respuesta viene dada hoy en día por la sentencia del Tribunal Supremo *Michigan v. Long* (1983), cuyo ponente fue la juez Sandra Day O'Connor: cuando un tribunal estatal cita tanto su correspondiente constitución estatal como el *Bill of Rights* federal, debe presumirse que no hay una fundamentación jurídica de derecho estatal independiente —y, por tanto, que los tribunales federales pueden conocer del asunto en vía de recurso— a menos que la sentencia del tribunal estatal no

afirme expresamente lo contrario. Es claro que esta afirmación expresa de que la *ratio decidendi* es de derecho estatal debe, además, ser razonable.

He aquí, sumariamente expuesto, cómo en un sistema federal clásico dista de ser lineal el funcionamiento de las declaraciones de derechos de las entidades federadas. Ciertamente, éstas conservan un poder constituyente residual y, por consiguiente, nadie duda que puedan aprobar declaraciones de derechos; pero su articulación con el derecho federal ha exigido una construcción jurisprudencial matizada y compleja. Y si esto ocurre en un sistema federal donde nadie discute la posibilidad misma de declaraciones de derechos de las entidades federadas, ¿cuál no sería la complejidad en el ordenamiento jurídico español, donde los Estatutos de Autonomía no fueron concebidos para declarar derechos? ¿Vincularían las normas estatutarias declarativas de derechos a los órganos de la Comunidad Autónoma cuando aplican derecho estatal, como ocurre cuando hay legislación básica o cuando la competencia autonómica es sólo de ejecución? ¿Serían vinculantes esas mismas normas estatutarias declarativas de derechos para los órganos de la Comunidad Autónoma cuando hubieran de ser ponderadas con derechos fundamentales u otros valores consagrados en la Constitución española? ¿Qué ocurriría cuando la aplicación de una norma estatutaria declarativa de derechos supusiera la ampliación —o, en su caso, la reducción— de la esfera de eficacia de un precepto del Código Penal? Todos estos problemas, entre otros que cabría imaginar, no se resuelven diciendo que las normas estatutarias declarativas de derechos no vinculan a la Administración General del Estado ni, menos aún, haciendo genéricas apelaciones al derecho comparado. Para que el derecho comparado sirva para algo, hay que entrar en los detalles; y entonces, más que para justificar nada, sirve para darse cuenta de la complejidad de los problemas.

IV

Cabe ahora retomar el tema principal. El punto clave era que el art. 147.2 CE no incluye las declaraciones de derechos entre las materias propias de los Estatutos de Autonomía. Y era, asimismo, que no resulta muy convincente ninguna de las razones que suelen aducirse para sostener que los Estatutos, junto a un contenido necesario, admiten un contenido posible, dentro del cual estarían las declaraciones de derechos. El art. 147.2 CE es, por ello, un argumento no desdeñable contra de la licitud constitucional de las normas estatutarias declarativas de derechos.

Este argumento, sin embargo, está expuesto a una posible objeción: al menos a primera vista, se trata de un argumento formal. De aquí que el verda-

dero problema sea dilucidar si hay otros argumentos de índole sustantiva —es decir, basados en consideraciones relativas al diseño de conjunto del Estado autonómico, o a la función desempeñada por los Estatutos de Autonomía— que se orienten en la misma dirección. Si no fuera así, sería razonable entender que el elenco de materias recogido en el art. 147.2 CE no agota el contenido posible de los Estatutos de Autonomía y, en consecuencia, que cabría incluir en ellos normas relativas a otras materias. En otras palabras, para sostener que el art. 147.2 CE caracteriza los Estatutos de Autonomía como un tipo de norma con contenido constitucionalmente tasado, es preciso encontrar argumentos sustantivos que refuercen el dato puramente textual, mostrando que éste no es un simple capricho del constituyente.

Ya se vio al inicio que ese argumento sustantivo no puede hallarse en los arts. 139 y 149.1.1 CE, que configuran los rasgos principales del principio de igualdad en el Estado autonómico. ¿Hay, entonces, otros argumentos sustantivos contra la licitud constitucional de las normas estatutarias declarativas de derechos? En mi opinión, sí. Son dos.

El primero es que, en el ordenamiento jurídico español, existe una reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales. Obsérvese bien que lo que persiguen las declaraciones de derechos recogidas en los Estatutos de Autonomía no es simplemente otorgar ciertos derechos a los ciudadanos o, por decirlo con mayor precisión, no es realizar una determinada política en materia de derechos cívicos, libertades públicas y prestaciones sociales. Los Estatutos de Autonomía vinculan a los poderes públicos, por lo que introducir las declaraciones de derechos en ellos supone establecer límites materiales a la actuación de aquéllos; y, por lo que se refiere específicamente al legislador, supone acotar el ámbito de la regla de la decisión por mayorías o, si se prefiere, definir el terreno del proceso político democrático. Un mismo enunciado normativo cambia de sentido dependiendo de que lo haga la ley o lo haga una disposición de rango suprallegal. Por ejemplo, afirmar que el personal sanitario debe respetar el «testamento vital» de aquellos pacientes que ya no pueden manifestar su voluntad es, sin duda, una opción política legítima si la hace el legislador; pero, si la hace un Estatuto de Autonomía, significa que el legislador autonómico ya no podrá reconsiderar dicha opción. En España, el terreno del proceso político democrático viene fijado por el Título I de la Constitución. Admitir las normas estatutarias declarativas de derechos equivaldría, así, a admitir que en ciertas Comunidades Autónomas se puede estrechar dicho terreno del proceso político democrático; y esto es lo mismo que privar a los ciudadanos por vía estatutaria de algo que tenían por vía constitucional. Si no existieran esas normas estatutarias declarativas de derechos, se aplicaría sólo el Título I de la Cons-

titución y los ciudadanos —o sus representantes— podrían debatir y votar sobre más cosas.

Frente a esto, no cabe argüir que las declaraciones de derechos recogidas en los Estatutos de Autonomía tendrían cobertura constitucional en el art. 81 CE, por ser leyes orgánicas que desarrollan derechos fundamentales. De entrada, como es obvio, no todos los derechos declarados en los Estatutos tienen por qué ser desarrollo de alguno de los derechos reconocidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución. Y, sobre todo, la ley orgánica a que se refiere el art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales no puede ser la que aprueba los Estatutos de Autonomía o la reforma de los mismos. Si así fuera, cualquier desarrollo ulterior quedaría sustraído a la ley orgánica en sentido estricto, para quedar sometido al procedimiento de reforma estatutaria (art. 147 *in fine* CE). No vale la pena insistir sobre ello.

Aún con respecto a la existencia de una reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales, conviene llamar la atención sobre otro extremo: es significativo que el único lugar en que el texto constitucional llama a una fuente distinta para integrar su tabla de derechos es el art. 10.2, con su remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es verdad que, según jurisprudencia constitucional constante, el art. 10.2 CE no permite introducir nuevos derechos fundamentales en sentido estricto, sino que se limita a imponer un método privilegiado de interpretación; pero no es esto lo que ahora importa. Lo relevante en esta sede es que, tratándose de derechos fundamentales, la única apertura que la Constitución española contempla es a fuentes internacionales, no a otras fuentes internas. El constituyente español, que fue inequívocamente consciente del proceso de internacionalización y universalización de los derechos fundamentales, guardó un elocuente silencio sobre la eventual «provincianización» de los mismos.

El segundo argumento sustantivo contra la licitud constitucional de las normas estatutarias declarativas de derechos es aún de mayor calado y podría ser etiquetado como el «argumento del legislador esquizofrénico» o, dependiendo de los gustos, como el «argumento del legislador abúlico». Consiste básicamente en tomarse en serio el dato de que los Estatutos de Autonomía y sus reformas exigen la aprobación final mediante ley orgánica. Esto significa que no dimanan sólo de la voluntad del electorado y de los órganos de la correspondiente Comunidad Autónoma, sino también de la voluntad de las Cortes Generales. Siendo esto así, admitir que los Estatutos de Autonomía pueden recoger declaraciones de derechos es tanto como admitir que las Cortes Generales pueden dar unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles. Así, por seguir con el ejemplo usado más arriba, podría ocurrir que un Estatuto estableciese la facultad de hacer «testamento vital»,

mientras que otro previera que debe hacerse todo lo posible por evitar la muerte de los pacientes, y un tercero no dijera nada al respecto. ¿Qué habría que pensar de las Cortes Generales? ¿Que las tres posibilidades merecen simultáneamente su aprobación (esquizofrenia)? ¿Que, en el fondo, les da lo mismo (abulia)? Que las Cortes Generales, cuya intervención es necesaria, permitan que distintos Estatutos de Autonomía declaren derechos distintos implicaría, así, atribuirles una especie de función meramente notarial —o, mejor aún, certificatoria— de las proposiciones de reforma estatutaria provenientes de cada Comunidad Autónoma. Y que las Cortes Generales no tienen que limitarse a ratificar o rechazar dichas proposiciones es claro.

Alguien podría objetar que en ningún sitio está ordenado que los Estatutos de Autonomía deban ser todos similares. Antes al contrario, lejos de contemplar el uniformismo, la Constitución deja un notable margen para diseñar y regular las instituciones autonómicas de maneras diferentes. La pregunta entonces es la siguiente: si la diversidad entre Estatutos en materia de organización institucional es perfectamente fisiológica y no puede hacerse ningún reproche serio a las Cortes Generales por permitirla, ¿por qué la conclusión ha de ser otra en materia de declaraciones de derechos? Este es el núcleo de la cuestión. En mi opinión, hay dos diferencias capitales.

Por un lado, como ya se ha visto, las normas estatutarias declarativas de derechos no encarnan simples opciones políticas del legislador, que un legislador futuro podría modificar, sino límites materiales a la propia regla de decisión por mayorías. Es verdad que las normas estatutarias relativas a la organización institucional imponen a veces, en aras del consenso, mayorías cualificadas para ciertas decisiones; pero, aparte de que se trata de algo infrecuente y excepcional, no restringen materialmente el terreno del proceso político democrático, es decir, de lo que puede ser discutido y votado. Una declaración de derechos, en cambio, condiciona e informa gran parte de la legislación ordinaria.

Por otro lado, mientras que las normas relativas a la organización institucional suelen ser moralmente neutras —siempre que respeten los postulados básicos de la democracia liberal, reflejan preferencias de «ingeniería constitucional»—, las normas declarativas de derechos, deberes y principios implican casi siempre una toma de posición acerca de relevantes problemas de ética pública. Piénsese, verbigracia, en el origen y el fin de la vida humana, el papel de la religión en la esfera pública, el uso de las lenguas, la presencia de uno y otro sexo en los cargos públicos, etc. Reconocer que un mismo problema organizativo admite distintas soluciones técnicas dista de ser lo mismo que dar por buenas respuestas diferentes a un mismo problema moral. Mientras que es racional que las Cortes Generales hagan lo primero, no lo es que hagan lo

segundo. Un legislador racional no puede sostener a la vez la bondad y la maldad de la autodeterminación ante la muerte, de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, o de la paridad entre hombre y mujer en los cargos representativos, por no citar más que algunos ejemplos. Ante los problemas de ética pública —es decir, ante aquellos problemas sociales cuya regulación comporta elecciones morales serias—, un legislador puede racionalmente abstenerse de intervenir. Por ejemplo, porque se trata de un tema que escinde profundamente a la sociedad. Pero, si interviene, la racionalidad exigirá que no adopte simultáneamente normas divergentes. Y ni que decir tiene que un legislador irracional, por haber renunciado abiertamente a ser coherente consigo mismo, incurriría en la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, establecida en el art. 9.3 CE (véase T. R. Fernández, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998, especialmente págs. 115 sigs.).

Creo, en resumen, que hay argumentos formales y sustantivos serios para sostener que la inclusión de declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía no es conforme con la Constitución española, tal como ésta existe en la actualidad. Es verdad que las cosas serían distintas en un genuino sistema federal. Pero es igualmente claro que, entonces, la función y el valor de las constituciones de las entidades federadas serían muy distintos y, sin duda, menos relevantes que los de los actuales Estatutos de Autonomía. Y, desde luego, las Cortes Generales no serían una especie de dios Jano.

RESUMEN

Este escrito examina si la inclusión de declaraciones de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía, independientemente de su concreto contenido, es conforme a la Constitución española. Tras recordar que declarar derechos no forma parte del contenido propio de los Estatutos a tenor del art. 147 de la Constitución, se llama la atención sobre dos argumentos sustantivos que operan en el mismo sentido: la probable existencia de una reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales, y la intervención de las Cortes Generales en la aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía. También se hace referencia a las declaraciones de derechos estatales en los Estados Unidos, como punto de comparación del problema en un contexto genuinamente federal.

PALABRAS CLAVE: Estatutos de Autonomía, declaraciones de derechos, reserva de Constitución, arbitrariedad del legislador, constituciones estatales en los Estados Unidos.

ABSTRACT

This article examines whether including a declaration of rights, duties and principles into the *Estatutos de Autonomía* is in conformity with the Spanish Constitution. After recalling that Art. 147 of the Constitution does not envision declaring rights as a function of the *Estatutos*, attention is drawn to another two substantive arguments that go in the same direction: the probable existence of a reserve of constitution in the field of fundamental rights, and the obligatory intervention of the *Cortes Generales* for the adoption and reform of the *Estatutos de Autonomía*. Reference is also made to states' declarations of rights in the United States, as a useful comparison for that problem in a true federal context.

KEY WORDS: Estatutos de Autonomía, Declaration of Rights, Constitution reserves, Arbitrary action of Parliament, State Constitutions in the United States: national and state.