

CRUZ VILLALÓN / MEDINA GUERRERO

COMENTARIOS  
ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

I

COORDINACIÓN  
JAVIER PARDO FALCÓN



PARLAMENTO DE ANDALUCIA

2012



## **COMENTARIOS**

# **ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA**

## **I**





# **COMENTARIOS AL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA**

**(Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)**

**PEDRO CRUZ VILLALÓN / MANUEL MEDINA GUERRERO  
(DIRECTORES)**

Joaquín Alcaide Fernández, Fernando Álvarez-Ossorio Micheo, Alberto Anguita Susi, Miguel Azpirtarte Sánchez, Ana Carmona Contreras, Manuel Carrasco Durán, Juan Antonio Carrillo Donaire, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, Severiano Fernández Ramos, María Jesús Gallardo Castillo, Eduardo Gamero Casado, María Jesús García Morales, Emilia Girón Reguera, Francisco J. Gutiérrez Rodríguez, María Holgado González, Jesús Jordano Fraga, Mariano López Benítez, Juan Manuel López Ulla, Eva Martínez Sampere, Manuel Medina Guerrero, Cristóbal Molina Navarrete, José Antonio Montilla Martos, Encarnación Montoya Martín; José María Morales Arroyo, Rafael Naranjo de la Cruz, Ángel Rodríguez, Blanca Rodríguez Ruiz, Agustín Ruiz Robledo, Octavio Salazar Benítez.

## **Con las presentaciones a cargo de**

Francisco Balaguer Callejón, María Luisa Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, Juan Cano Bueso, Alejandro del Valle Gálvez, José Luis García Ruiz, Francisco López Menudo, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Javier Pérez Royo, Miguel Revenga Sánchez, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y Manuel José Terol Becerra.

## **COORDINACIÓN**

**JAVIER PARDO FALCÓN**

## **RESPONSABLE DE EDICIÓN**

**ABRAHAM BARRERO ORTEGA**

**PARLAMENTO DE ANDALUCÍA  
2012**

Primera edición, 2012

Cita de la obra: Pedro Cruz Villalón / Manuel Medina Guerrero: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Ideas Más Tecnología, Sevilla, 2012.

Los contenidos de la presente obra responden al ejercicio del derecho de producción científica. El Parlamento de Andalucía no asume responsabilidad alguna en relación con los mismos.

Conforme a la legislación vigente en materia de propiedad intelectual, queda rigurosamente prohibida, sin la autorización expresa del Parlamento de Andalucía, la reproducción total o parcial de esta obra, así como su tratamiento informático, transmisión por cualquier medio, préstamo, alquiler o cualquier otra forma de uso de los ejemplares.

© Secretaría General del Parlamento de Andalucía

Edición: Centro de Publicaciones no Oficiales del Parlamento de Andalucía

Dirección

Pedro Cruz Villalón, Manuel Medina Guerrero

Coordinación

Javier Pardo Falcón

Responsable de edición

Abraham Barrero Ortega

ISBN Obra completa: 978-84-92911-06-6

ISBN I: 978-84-92911-07-3

Depósito Legal: SE 426-2012 (I)

Impresión y encuadernación

Ideas Más Tecnología, S.L.

[www.parlamentodeandalucia.es](http://www.parlamentodeandalucia.es)

[centrodepublicaciones@parlamentodeandalucia.es](mailto:centrodepublicaciones@parlamentodeandalucia.es)

## ÍNDICE GENERAL

Fuensanta Coves Botella, Presidenta del Parlamento de Andalucía:	
Presentación . . . . .	XXIII
Pedro Cruz Villalón: El proyecto «COSTA. A» . . . . .	XXVII
Manuel Medina Guerrero: El segundo Estatuto de Autonomía. . . . .	XXXVII
AUTORES . . . . .	XLVII
ABREVIATURAS . . . . .	LIII
<b>ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA. . . . .</b>	<b>1</b>
<b>PREÁMBULO Y TÍTULO PRELIMINAR</b>	
Presentación a cargo de Javier Pérez Royo . . . . .	5
<b>PREÁMBULO. AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO . . . . .</b>	<b>13</b>
<b>TÍTULO PRELIMINAR. . . . .</b>	<b>33</b>
<b>Artículo 1. Andalucía. JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO . . . . .</b>	<b>35</b>
<b>Artículo 2. Territorio. RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ . . . . .</b>	<b>61</b>
<b>Artículo 3. Símbolos. AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO . . . . .</b>	<b>73</b>
<b>Artículo 4. Capitalidad y sedes. AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO . . . . .</b>	<b>82</b>
<b>Artículo 5. Condición de andaluz o andaluza. AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO . . . . .</b>	<b>91</b>
<b>Artículo 6. Andaluces y andaluzas en el exterior. JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ . . . . .</b>	<b>99</b>
<b>Artículo 7. Eficacia territorial de las normas autonómicas.</b> RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ . . . . .	<b>111</b>
<b>Artículo 8. Derecho propio de Andalucía. MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ . . . . .</b>	<b>130</b>
<b>Artículo 9. Derechos. ÁNGEL RODRÍGUEZ . . . . .</b>	<b>146</b>

<b>Artículo 10. Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	160
<b>Artículo 11. Promoción de los valores democráticos y ciudadanos.</b> JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....	179
<b>TÍTULO I. DERECHOS SOCIALES, DEBERES Y POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>187</b>
Presentación a cargo de Francisco López Menudo .....	189
<b>CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES .....</b>	<b>201</b>
<b>Artículo 12. Titulares.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	203
<b>Artículo 13. Alcance e interpretación de los derechos y principios.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	234
<b>Artículo 14. Prohibición de discriminación.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	267
<b>CAPÍTULO II. DERECHOS Y DEBERES .....</b>	<b>277</b>
<b>Artículo 15. Igualdad de género.</b> EVA MARTÍNEZ SAMPERE .....	279
<b>Artículo 16. Protección contra la violencia de género.</b> EVA MARTÍNEZ SAMPERE ..	306
<b>Artículo 17. Protección de la familia.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	317
<b>Artículo 18. Menores.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	329
<b>Artículo 19. Mayores.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	341
<b>Artículo 20. Testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	349
<b>Artículo 21. Educación.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	364
<b>Artículo 22. Salud.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	384
<b>Artículo 23. Prestaciones sociales.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	399
<b>Artículo 24. Personas con discapacidad o dependencia.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	409
<b>Artículo 25. Vivienda.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	421
<b>Artículo 26. Trabajo.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	434
<b>Artículo 27. Consumidores.</b> MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO .....	448
<b>Artículo 28. Medio ambiente.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	458
<b>Artículo 29. Acceso a la justicia.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	469
<b>Artículo 30. Participación política.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	483

<b>Artículo 31. Buena administración.</b> JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE .....	500
<b>Artículo 32. Protección de datos.</b> JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA .....	516
<b>Artículo 33. Cultura.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	527
<b>Artículo 34. Acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	539
<b>Artículo 35. Orientación sexual.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	550
<b>Artículo 36. Deberes.</b> ALBERTO ANGUIA SUSI .....	558
<b>CAPÍTULO III. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>569</b>
<b>Artículo 37. Principios rectores.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	571
<b>CAPÍTULO IV. GARANTÍAS .....</b>	<b>589</b>
<b>Artículo 38. Vinculación de los poderes públicos y de los particulares.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	591
<b>Artículo 39. Protección jurisdiccional.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	613
<b>Artículo 40. Efectividad de los principios rectores.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	631
<b>Artículo 41. Defensa de los derechos.</b> ÁNGEL RODRÍGUEZ .....	643
<b>TÍTULO II. COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA .....</b>	<b>663</b>
Presentación a cargo de Francisco Balaguer Callejón .....	665
<b>CAPÍTULO I. CLASIFICACIÓN Y PRINCIPIOS .....</b>	<b>677</b>
<b>Artículo 42. Clasificación de las competencias.</b> JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	679
<b>Artículo 43. Alcance territorial y efectos de las competencias.</b> RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ .....	702
<b>Artículo 44. Principios de eficacia, proximidad y coordinación.</b> MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO .....	719
<b>Artículo 45. Fomento.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	730
<b>CAPÍTULO II. COMPETENCIAS .....</b>	<b>749</b>
<b>Artículo 46. Instituciones de autogobierno.</b> RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ .....	751
<b>Artículo 47. Administraciones públicas andaluzas.</b> MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO .....	764

<b>Artículo 48. Agricultura, ganadería, pesca, aprovechamientos agroforestales, desarrollo rural y denominaciones de calidad.</b> MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ . . . . .	781
<b>Artículo 49. Energía y minas.</b> MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ . . . . .	801
<b>Artículo 50. Agua.</b> JESÚS JORDANO FRAGA . . . . .	817
<b>Artículo 51. Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir.</b> JESÚS JORDANO FRAGA . . . . .	834
<b>Artículo 52. Educación.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	848
<b>Artículo 53. Universidades.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	860
<b>Artículo 54. Investigación, desarrollo e innovación tecnológica.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	874
<b>Artículo 55. Salud, sanidad y farmacia.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN . . . . .	886
<b>Artículo 56. Vivienda, urbanismo, ordenación del territorio y obras públicas.</b> MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ . . . . .	912
<b>Artículo 57. Medio ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad.</b> JESÚS JORDANO FRAGA . . . . .	931
<b>Artículo 58. Actividad económica.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI . . . . .	943
<b>Artículo 59. Organización territorial.</b> RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ . . . . .	974
<b>Artículo 60. Régimen local.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ . . . . .	985
<b>Artículo 61. Servicios sociales, voluntariado, menores y familias.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ . . . . .	1007
<b>Artículo 62. Inmigración.</b> JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA . . . . .	1026
<b>Artículo 63. Empleo, relaciones laborales y seguridad social.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE . . . . .	1039
<b>Artículo 64. Transportes y comunicaciones.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN . . . . .	1071
<b>Artículo 65. Policía autonómica.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1097
<b>Artículo 66. Protección civil y emergencias.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1111
<b>Artículo 67. Seguridad y competencias en materia penitenciaria.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1121
<b>Artículo 68. Cultura y patrimonio.</b> ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN . . . . .	1131
<b>Artículo 69. Medios de comunicación social y servicios de contenido audiovisual.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ . . . . .	1150
<b>Artículo 70. Publicidad.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1167
<b>Artículo 71. Turismo.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1173
<b>Artículo 72. Deportes, espectáculos y actividades recreativas.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1185

<b>Artículo 73. Políticas de género.</b> EVA MARTÍNEZ SAMPERE . . . . .	1211
<b>Artículo 74. Políticas de juventud.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ . . . . .	1221
<b>Artículo 75. Cajas de ahorro, entidades de crédito, bancos, seguros y mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI . . . . .	1229
<b>Artículo 76. Función pública y estadística.</b> MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO . . . . .	1250
<b>Artículo 77. Notariado y registros públicos.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN . . . . .	1265
<b>Artículo 78. Consultas populares.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN . . . . .	1278
<b>Artículo 79. Asociaciones, fundaciones y corporaciones de derecho público.</b> RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ . . . . .	1297
<b>Artículo 80. Administración de Justicia.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN . . . . .	1323
<b>Artículo 81. Juego.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1334
<b>Artículo 82. Protección de datos.</b> JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA . . . . .	1349
<b>Artículo 83. Denominaciones de origen y otras menciones de calidad.</b> MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ . . . . .	1360
<b>Artículo 84. Organización de servicios básicos.</b> EDUARDO GAMERO CASADO . . . . .	1370
<b>Artículo 85. Ejercicio de las funciones y servicios inherentes a las competencias de la Comunidad Autónoma.</b> JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS . . . . .	1376
<b>Artículo 86. Participación en la ordenación general de la actividad económica.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI . . . . .	1386
<b>Artículo 87. Procesos de designación de los miembros de los organismos económicos y sociales.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI . . . . .	1400
<b>Artículo 88. Coordinación con el Estado.</b> MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES . . . . .	1411
<b>TÍTULO III. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA . . . . .</b>	<b>1419</b>
Presentación a cargo de Gerardo Ruiz-Rico Ruiz . . . . .	1421
<b>Artículo 89. Estructura territorial.</b> RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ . . . . .	1429
<b>Artículo 90. Principios de la organización territorial.</b> RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ . . . . .	1447
<b>Artículo 91. El municipio.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ . . . . .	1459
<b>Artículo 92. Competencias propias de los municipios.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ . . . . .	1476

<b>Artículo 93. Transferencia y delegación de competencias en los Ayuntamientos.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ .....	1491
<b>Artículo 94. Agrupación de municipios.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ .....	1504
<b>Artículo 95. Órgano de relación de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ .....	1521
<b>Artículo 96. La provincia.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ .....	1541
<b>Artículo 97. Comarcas.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ .....	1567
<b>Artículo 98. Ley de régimen local.</b> OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ .....	1579

**TÍTULO IV. ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA .....** 1607

Presentación a cargo de Juan Cano Bueso .....

**Artículo 99. La Junta de Andalucía.** MANUEL MEDINA GUERRERO .....

**CAPÍTULO I. EL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA .....** 1637

**Artículo 100. Representación e inviolabilidad.**  
JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....

**Artículo 101. Composición, elección y mandato.**  
JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....

**Artículo 102. Autonomía parlamentaria.** JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....

**Artículo 103. Organización y funcionamiento.**  
JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....

**Artículo 104. Régimen electoral.** JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....

**Artículo 105. Ley electoral.** JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....

**Artículo 106. Funciones.** JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....

**Artículo 107. Presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones.** EVA MARTÍNEZ SAMPERE .....

**CAPÍTULO II. ELABORACIÓN DE LAS NORMAS .....** 1753

**Artículo 108. Potestad legislativa.** MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ .....

**Artículo 109. Decretos legislativos.** MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ .....

**Artículo 110. Decretos-leyes.** MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ .....

**Artículo 111. Iniciativa legislativa.** MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ .....



<b>Artículo 112. Potestad reglamentaria.</b> ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN . . . . .	1826
<b>Artículo 113. Participación ciudadana en el procedimiento legislativo.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN . . . . .	1839
<b>Artículo 114. Impacto de género.</b> EVA MARTÍNEZ SAMPERE . . . . .	1849
<b>Artículo 115. Control de constitucionalidad.</b> MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ . . . . .	1857
<b>Artículo 116. Promulgación y publicación.</b> MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ . . . . .	1870
<b>CAPÍTULO III. EL PRESIDENTE DE LA JUNTA . . . . .</b>	<b>1883</b>
<b>Artículo 117. Funciones y responsabilidad ante el Parlamento.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1885
<b>Artículo 118. Elección y responsabilidad ante los tribunales.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1897
<b>CAPÍTULO IV. EL CONSEJO DE GOBIERNO . . . . .</b>	<b>1913</b>
<b>Artículo 119. Composición y funciones.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1915
<b>Artículo 120. Cese.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1929
<b>Artículo 121. Estatuto y régimen jurídico.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1940
<b>Artículo 122. Responsabilidad ante los tribunales.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1949
<b>Artículo 123. Potestad expropiatoria y responsabilidad patrimonial.</b> MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO. . . . .	1957
<b>CAPÍTULO V. DE LAS RELACIONES ENTRE EL PARLAMENTO Y EL CONSEJO DE GOBIERNO . . . . .</b>	<b>1969</b>
<b>Artículo 124. Responsabilidad solidaria del Consejo de Gobierno.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1971
<b>Artículo 125. Cuestión de confianza.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1981
<b>Artículo 126. Moción de censura.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	1992
<b>Artículo 127. Disolución del Parlamento.</b> MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ . . . . .	2002
<b>CAPÍTULO VI. OTRAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO . . . . .</b>	<b>2013</b>
<b>Artículo 128. Defensor del Pueblo Andaluz.</b> ALBERTO ANGUITA SUSI . . . . .	2015
<b>Artículo 129. Consejo Consultivo.</b> ALBERTO ANGUITA SUSI . . . . .	2030
<b>Artículo 130. Cámara de Cuentas.</b> ALBERTO ANGUITA SUSI . . . . .	2039

<b>Artículo 131. Consejo Audiovisual de Andalucía.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2049
<b>Artículo 132. Consejo Económico y Social.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE ...	2061
<b>CAPÍTULO VII. LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA .....</b>	<b>2069</b>
<b>Artículo 133. Principios de actuación y gestión de competencias.</b> SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS .....	2071
<b>Artículo 134. Participación ciudadana.</b> SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS .....	2089
<b>Artículo 135. Principio de representación equilibrada de hombres y mujeres.</b> EVA MARTÍNEZ SAMPERE .....	2103
<b>Artículo 136. Función y empleos públicos.</b> SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS ...	2115
<b>Artículo 137. Prestación de servicios y cartas de derechos.</b> SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS .....	2125
<b>Artículo 138. Evaluación de políticas públicas.</b> SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS .....	2131
<b>Artículo 139. La Comunidad Autónoma como Administración Pública.</b> SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS .....	2138
<b>TÍTULO V. EL PODER JUDICIAL EN ANDALUCÍA .....</b>	<b>2145</b>
Presentación a cargo de Pablo Lucas Murillo de la Cueva .....	2147
<b>CAPÍTULO I. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA .....</b>	<b>2155</b>
<b>Artículo 140. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.</b> JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA .....	2157
<b>Artículo 141. Competencia de los órganos jurisdiccionales en Andalucía.</b> JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA .....	2171
<b>Artículo 142. Competencias del Tribunal Superior de Justicia.</b> JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA .....	2178
<b>Artículo 143. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia y el Fiscal Superior de Andalucía.</b> ALBERTO ANGUIA SUSI .....	2189
<b>CAPÍTULO II. EL CONSEJO DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA .....</b>	<b>2195</b>
<b>Artículo 144. El Consejo de Justicia de Andalucía.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2197

<b>CAPÍTULO III. COMPETENCIAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....</b>	<b>2219</b>
<b>Artículo 145. Asunción competencial.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2221
<b>Artículo 146. Oposiciones y concursos.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2227
<b>Artículo 147. Medios personales.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2234
<b>Artículo 148. Medios materiales.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2255
<b>Artículo 149. Oficina judicial e instituciones y servicios de apoyo.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2266
<b>Artículo 150. Justicia gratuita. Procedimientos de mediación y conciliación.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2275
<b>Artículo 151. Demarcación, planta y capitalidad judiciales.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2290
<b>Artículo 152. Justicia de paz y de proximidad.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN ...	2300
<b>Artículo 153. Cláusula subrogatoria.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2307
<b>Artículo 154. Participación en la Administración de Justicia.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2315
<b>Artículo 155. Relaciones de la Administración de Justicia con la ciudadanía.</b> MANUEL CARRASCO DURÁN .....	2319
<b>TÍTULO VI. ECONOMÍA, EMPLEO Y HACIENDA .....</b>	<b>2343</b>
Presentación a cargo de José Luis García Ruiz .....	2345
<b>CAPÍTULO I. ECONOMÍA .....</b>	<b>2353</b>
<b>Artículo 156. Subordinación al interés general.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI .....	2355
<b>Artículo 157. Principios y objetivos básicos.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI .....	2362
<b>Artículo 158. Entes instrumentales.</b> ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN .....	2376
<b>Artículo 159. Diálogo y concertación social.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE. ...	2389
<b>Artículo 160. Función consultiva en materia económica y social.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE. ....	2396
<b>Artículo 161. Cohesión social y territorial.</b> FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO .....	2401
<b>Artículo 162. Sector financiero.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI .....	2408

<b>Artículo 163. Modernización económica. Acceso a los medios de producción.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI .....	2417
<b>Artículo 164. Defensa de la competencia.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI .....	2428
<b>Artículo 165. Participación en la ordenación general de la economía.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI .....	2438
<b>CAPÍTULO II. EMPLEO Y RELACIONES LABORALES .....</b>	<b>2443</b>
<b>Artículo 166. Protección de los derechos laborales y sindicales.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	2445
<b>Artículo 167. Igualdad de la mujer en el empleo.</b> BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	2449
<b>Artículo 168. Conciliación de la vida laboral, familiar y personal.</b> EVA MARTÍNEZ SAMPERE .....	2460
<b>Artículo 169. Políticas de empleo.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	2470
<b>Artículo 170. Participación de los trabajadores en las empresas.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	2479
<b>Artículo 171. Seguridad y salud laboral.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	2486
<b>Artículo 172. Trabajadores autónomos y cooperativas.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	2493
<b>Artículo 173. Relaciones laborales.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	2501
<b>Artículo 174. Contratación y subvención pública.</b> CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE .....	2508
<b>CAPÍTULO III. HACIENDA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA .....</b>	<b>2517</b>
<b>Artículo 175. Principios generales.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2519
SECCIÓN PRIMERA. RECURSOS .....	2538
<b>Artículo 176. Recursos.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	2538
<b>Artículo 177. Actualización de la financiación.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	2556
<b>Artículo 178. Tributos cedidos.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2566
<b>Artículo 179. Principios rectores de la potestad tributaria.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2582
<b>Artículo 180. Competencias en materia tributaria.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2597

<b>Artículo 181. Organización en materia tributaria.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2610
<b>Artículo 182. Órganos económico-administrativos.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2622
<b>Artículo 183. Relaciones de la Comunidad Autónoma con la Administración financiera del Estado.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	2631
<b>Artículo 184. Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Comunidad Autónoma.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	2646
<b>Artículo 185. Gestión de los fondos europeos.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO ...	2657
<b>Artículo 186. Tratamiento fiscal.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	2672
<b>Artículo 187. Deuda pública y operaciones de crédito.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	2678
<b>Artículo 188. Patrimonio.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	2690
 SECCIÓN SEGUNDA. GASTO PÚBLICO Y PRESUPUESTO .....	<b>2699</b>
<b>Artículo 189. Asignación del gasto público.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2699
<b>Artículo 190. Ley del presupuesto.</b> MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ .....	2709
 SECCIÓN TERCERA. HACIENDAS LOCALES .....	<b>2729</b>
<b>Artículo 191. Autonomía y competencias financieras.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2729
<b>Artículo 192. Colaboración de la Comunidad Autónoma.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2743
<b>Artículo 193. El Catastro.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	2761
 SECCIÓN CUARTA. FISCALIZACIÓN EXTERNA DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ .....	<b>2771</b>
<b>Artículo 194. Órgano de fiscalización.</b> ALBERTO ANGUITA SUSI .....	2771
 <b>TÍTULO VII. MEDIO AMBIENTE</b> .....	<b>2777</b>
Presentación a cargo de Manuel José Terol Becerra .....	2779
 <b>Artículo 195. Conservación de la biodiversidad.</b> JESÚS JORDANO FRAGA ...	2787
<b>Artículo 196. Uso sostenible de los recursos naturales.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2794

<b>Artículo 197. Producción y desarrollo sostenible.</b>	
JESÚS JORDANO FRAGA .....	2801
<b>Artículo 198. Residuos.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2814
<b>Artículo 199. Desarrollo tecnológico y biotecnológico.</b>	
JESÚS JORDANO FRAGA .....	2820
<b>Artículo 200. Prevención de incendios forestales y lucha contra la desertificación.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2828
<b>Artículo 201. Protección ante la contaminación.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2833
<b>Artículo 202. Desarrollo rural.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2842
<b>Artículo 203. Uso eficiente del suelo y sistemas integrales de transporte.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2847
<b>Artículo 204. Utilización racional de los recursos energéticos.</b>	
JESÚS JORDANO FRAGA .....	2854
<b>Artículo 205. Protección de los animales.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2862
<b>Artículo 206. Incentivos y medidas fiscales.</b> JESÚS JORDANO FRAGA .....	2871
<b>TÍTULO VIII. MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL .....</b>	<b>2881</b>
Presentación a cargo de María Luisa Balaguer Callejón .....	2883
<b>Artículo 207. Derecho a la información.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ ..	2891
<b>Artículo 208. Medios audiovisuales.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2903
<b>Artículo 209. Publicidad institucional.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ ..	2911
<b>Artículo 210. Servicio público de radiotelevisión.</b>	
FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2921
<b>Artículo 211. Medios de comunicación públicos.</b>	
FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2933
<b>Artículo 212. La cultura andaluza.</b>	
FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2945
<b>Artículo 213. Reconocimiento y uso de la modalidad lingüística andaluza.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2951
<b>Artículo 214. Control parlamentario.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. ....	2958
<b>Artículo 215. Nuevos canales audiovisuales.</b>	
FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2970
<b>Artículo 216. Espacio radioeléctrico.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2976

<b>Artículo 217. Protección de los derechos en los medios audiovisuales.</b> FRANCISCO J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ .....	2982
--	------

**TÍTULO IX. RELACIONES INSTITUCIONALES  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ..... 2989**

Presentación a cargo de Gregorio Cámara Villar (Capítulos I y II).....	2991
Presentación a cargo de Alejandro del Valle Gálvez (Capítulos III, IV y V).....	3005

**CAPÍTULO I. RELACIONES CON EL ESTADO ..... 3017**

<b>Artículo 218. [Sin rúbrica] MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES .....</b>	3019
<b>Artículo 219. Principios. MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES .....</b>	3027
<b>Artículo 220. Comisión Bilateral de Cooperación Junta de Andalucía-Estado. MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES .....</b>	3039
<b>Artículo 221. Instrumentos de colaboración. MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES ..</b>	3063
<b>Artículo 222. Participación en la planificación.</b> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI .....	3077
<b>Artículo 223. Senadores por Andalucía. JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....</b>	3082
<b>Artículo 224. Participación en los procesos de designación en los órganos constitucionales. JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO .....</b>	3091
<b>Artículo 225. Representación de la Comunidad Autónoma.</b> MANUEL MEDINA GUERRERO .....	3101

**CAPÍTULO II. RELACIONES CON OTRAS COMUNIDADES  
Y CIUDADES AUTÓNOMAS ..... 3107**

<b>Artículo 226. Convenios y acuerdos de cooperación.</b> MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES .....	3109
<b>Artículo 227. Convenios de carácter cultural. MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES ..</b>	3132
<b>Artículo 228. Relaciones con Ceuta y Melilla. MANUEL MEDINA GUERRERO ...</b>	3139
<b>Artículo 229. Representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía. MANUEL MEDINA GUERRERO .....</b>	3145

**CAPÍTULO III. RELACIONES CON LAS INSTITUCIONES  
DE LA UNIÓN EUROPEA ..... 3149**

<b>Artículo 230. Marco de relación. ANA CARMONA CONTRERAS .....</b>	3151
---	------

<b>Artículo 231. Participación en la voluntad del Estado.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3161
<b>Artículo 232. Participación en las decisiones de la Unión Europea.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3170
<b>Artículo 233. Información del Estado.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3176
<b>Artículo 234. Participación y representación en las instituciones y organismos de la Unión Europea.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3182
<b>Artículo 235. Desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3192
<b>Artículo 236. Delegación Permanente de la Junta de Andalucía.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3203
<b>Artículo 237. Consulta al Parlamento de Andalucía.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3212
<b>Artículo 238. Acciones ante el Tribunal de Justicia.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3223
<b>Artículo 239. Relaciones con las regiones europeas.</b>	
ANA CARMONA CONTRERAS .....	3232
<b>CAPÍTULO IV. ACCIÓN EXTERIOR .....</b>	<b>3239</b>
<b>Artículo 240. Tratados y convenios.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3241
<b>Artículo 241. Acuerdos de colaboración.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3273
<b>Artículo 242. Participación en organismos internacionales.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3279
<b>Artículo 243. Relaciones culturales con otros Estados.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3285
<b>Artículo 244. Participación en foros y encuentros.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3290
<b>CAPÍTULO V. COOPERACIÓN AL DESARROLLO .....</b>	<b>3297</b>
<b>Artículo 245. Principio de solidaridad.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3299
<b>Artículo 246. Cooperación interregional y transfronteriza.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3308
<b>Artículo 247. Coordinación de la acción exterior en materia de cooperación.</b>	
JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ .....	3317



<b>TÍTULO X. REFORMA DEL ESTATUTO</b> .....	<b>3323</b>
Presentación a cargo de Miguel Revenga Sánchez .....	3325
<b>Artículo 248. Iniciativa y procedimiento ordinario.</b>	
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3333
<b>Artículo 249. Procedimiento simplificado.</b>	
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3349
<b>Artículo 250. Retirada de la propuesta de reforma.</b>	
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3361
<b>DISPOSICIONES</b> .....	<b>3367</b>
<b>Disposición adicional primera. Territorios históricos.</b>	
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3369
<b>Disposición adicional segunda. Asignaciones complementarias.</b>	
EMILIA GIRÓN REGUERA .....	3376
<b>Disposición adicional tercera. Inversiones en Andalucía.</b>	
MANUEL MEDINA GUERRERO .....	3391
<b>Disposición adicional cuarta. Juegos y apuestas.</b>	
EDUARDO GAMERO CASADO .....	3399
<b>Disposición adicional quinta. Convocatoria del referéndum.</b>	
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3403
<b>Disposición transitoria primera. Traspasos de competencias.</b>	
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3411
<b>Disposición transitoria segunda. Vigencia de leyes y disposiciones del Estado.</b> MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ .....	3424
<b>Disposición derogatoria. Derogación de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre.</b> JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3433
<b>Disposición final primera. Aplicación de los preceptos de contenido financiero.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	3439
<b>Disposición final segunda. Plazo de creación de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales del Estado-Comunidad Autónoma.</b> EMILIA GIRÓN REGUERA .....	3446
<b>Disposición final tercera. Entrada en vigor.</b>	
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS .....	3452
<b>ÍNDICE DE VOCES</b> .....	<b>3457</b>



## **PRESENTACIÓN**

### **FUENSANTA COVES BOTELLA**

#### **PRESIDENTA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

El Derecho es una ciencia y, como tal, debe estar sometido permanentemente al análisis de expertos que profundicen sobre el sentido y la finalidad de cada precepto, para ofrecerlo a la ciudadanía a la que va dirigido con las mayores garantías de eficacia. Sin esta minuciosa labor interpretativa, sería difícil que las leyes abordaran con éxito los problemas reales que pretenden resolver.

El Presidente Chaves, en su discurso de investidura de 2004, avanzó el proyecto político de reformar el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Un largo camino comenzaba. Apasionante, pero no exento de dificultades. Si ya la elaboración y tramitación de las leyes ofrece toda una serie de obstáculos que hay que vadear, los inconvenientes aumentan sobremanera cuando se afrontan aquéllas de carácter genérico e institucional que, además, informarán el resto de las normas. Estos instrumentos jurídicos, vitales para la organización, en este caso, de la Comunidad Autónoma, requieren, de un lado, un consenso político indispensable y, de otro, una labor técnica de altísimo nivel.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el Estatuto de 1981 era una norma con la que el pueblo había alcanzado un importante nivel de identificación, tanto por razones históricas y culturales como económicas y sociales. No sólo había sido el marco de la transformación de Andalucía sino también el objetivo final de un movimiento ciudadano cuyo papel ha sido vital para entender la configuración del Estado de las Autonomías. Por tanto, su actualización partía con el reto de estar a la altura de un texto que fue, durante más de veinticinco años, un punto de encuentro entre los andaluces.

Tras el refrendo de nuestro pueblo con su voto mayoritario, el 18 de febrero de 2007 se aprobó la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, y con ella Andalucía se dotó de un nuevo Estatuto de Autonomía, tras otro proceso legislativo que ha destacado por contar con el acuerdo de las principales fuerzas políticas.

La Mesa del Parlamento de Andalucía manifestó su voluntad de continuar la labor emprendida, con un trabajo científico destinado al estudio del Estatuto. Se pretendía facilitar su difusión desde criterios enmarcados en las líneas determinadas por la jurisprudencia y la doctrina. Además de ser el escenario natural del debate entre los grupos políticos, el Parlamento consideró que debía ir más allá, y contribuir con la aportación de estos Comentarios, que son ya indispensables para quienes quieran acercarse a la exégesis de nuestro nuevo Estatuto.

Como hemos indicado, un Estatuto de Autonomía es un cuerpo normativo vivo y de carácter troncal, del que emanarán ramas que precisan crecer con las mayores garantías

de firmeza y, sobre todo, con la exigida fidelidad al mensaje que nace en la norma que aquéllas desarrollan.

Por eso, el patrocinio de esta obra, los *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, no responde sólo a un afán de fomento de la erudición, jurídica en este caso, sino también a un intento de facilitar la comprensión y el alcance de lo que es y será el máximo referente legislativo de Andalucía en los próximos tiempos.

Los objetivos son servir de base argumental en la génesis de la futura normativa, y aportar criterios seguros que consigan el mayor encaje posible con cada principio estatutario. Contar con estos *Comentarios* del Estatuto supondrá una ayuda inmejorable para quienes se introduzcan en la delicada función de redactar las normas.

La Mesa del Parlamento acordó el 20 de diciembre de 2007 encargar la coordinación de los *Comentarios* a Pedro Cruz Villalón, labor a la que se ha sumado Manuel Medina Guerrero. Ambos son juristas de una trayectoria que avala su capacidad para llevar a cabo la dirección de esta obra, ejemplo de investigación universitaria integral. Un trabajo que se realiza gracias a un convenio de colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid.

Los profesores Cruz Villalón y Medina Guerrero han tenido el privilegio de liderar un grupo de juristas de excepción, con un nivel investigador capaz de situar a Andalucía en la vanguardia del examen del modelo autonomista, basado en el equilibrio, la solidaridad y el consenso, virtudes que están en nuestro Estatuto y son la base para interpretar el nuevo reparto de competencias.

Quiero agradecerles a todos su participación y muy especialmente a aquéllos que pertenecen a universidades no andaluzas, y que se han unido a este grupo con una voluntad de servicio a Andalucía que no puedo dejar de destacar.

Esta Presidencia del Parlamento de Andalucía ha pretendido que la ciudadanía llegue a ser consciente de la importancia de que tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía estén sometidos a una interpretación dotada de gran rigor científico. Hemos querido transmitir a todos que se trata de leyes que afectan a la propia cimentación cívica de la sociedad y cuya permanencia en el tiempo es una aspiración de toda la colectividad. Entendimos, pues, que este deseo propiciaba el esfuerzo editorial efectuado.

Con este completo análisis interpretativo realizado en Andalucía, con estos *Comentarios* que constituyen una glosa integral del Estatuto de Autonomía, los operadores jurídicos dispondrán de una valiosa herramienta con la que intentar clarificar cualquier aspecto que pudiera ser objeto de controversia.

Además de constituir un actualizado compendio tanto doctrinal como jurisprudencial en materia autonómica y un ejercicio de reflexión realizado por los juristas más cualificados, los *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía* serán una obra de clara utilidad social. Porque sus contenidos servirán para llegar a una lectura del Estatuto que cuente con sobrado aporte teórico y que abra el camino a reflexiones en las que se pise sobre el suelo firme de la seguridad jurídica.

Quiero reiterar las gracias a todos los que han hecho posible que esta obra sea una realidad. El Parlamento de Andalucía es una institución abierta, en la que tienen cabida, no sólo las funciones tradicionales de las Asambleas legislativas, sino todas aquellas otras que puedan servir para que la convivencia entre los andaluces sea más fluida y para que se potencien y resalten todos los perfiles de la Democracia. Entre ellos, la palabra libre, fundada y cabal tendrá siempre un lugar de privilegio, y el lenguaje jurídico, de una forma muy especial.

Diciembre, 2011



## EL PROYECTO «COSTA.A»

PEDRO CRUZ VILLALÓN

El proyecto «COSTA.A» ha sido un proyecto de investigación *sui generis*, como pone ya de manifiesto el desarrollo del acrónimo con el que lo hemos venido designando los miembros integrantes del correspondiente grupo de investigación: «Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía». Un proyecto peculiar, bien puede decirse, en la medida en que se propuso como objetivo «reorientar» algo que, en sí mismo, no era sino un proyecto de edición, dándole el carácter de un proyecto de investigación en el sentido científico e incluso burocrático-universitario del término.

Desde una perspectiva instrumental, ésta ha sido, en efecto, la forma que desde el primer momento tomó la iniciativa del Parlamento de Andalucía de promover unos comentarios al segundo Estatuto andaluz, la de un proyecto de investigación basado en un convenio de colaboración entre el Parlamento de Andalucía y la Universidad Autónoma de Madrid. Pero, más allá de la formalidad, es sobre todo en su sustancia donde nos hemos planteado la tarea como un proyecto de investigación en el ámbito del Derecho público.

La visible circunstancia de que mi nombre figurase ya en el acuerdo inicial de la Mesa del Parlamento de Andalucía y en el subsiguiente convenio de colaboración con la UAM parece invitar a que sea también yo mismo quien asuma en solitario la descripción de los objetivos, de la metodología y del desarrollo del proyecto. El resto de la obra lleva siempre en cada caso su propia firma, distinta de la mía. Ésta es la hora y el lugar, pues, tanto de *explicar* «COSTA.A» como de hacer memoria de su desarrollo y de dejar constancia de múltiples y sobre todo justos agradecimientos.

Ya en 2007, en la breve memoria que dirigí al Parlamento como justificativa del proyecto, me expresaba en los siguientes términos, por los que creo oportuno comenzar: «...es claro que este Estatuto ha "repensado" la autonomía andaluza desde nuevas bases, siempre desde luego en el marco de un fundamento constitucional, el de 1978, que no ha variado desde 1981. El Estatuto se presenta como norma fundamental de una comunidad política en sí misma considerada, con un propio nivel por tanto de "introversión", en combinación y equilibrio con su condición de comunidad política "integrada"...». Al cabo de cuatro años, entiendo que este planteamiento sigue siendo válido.

En todo caso, ésta es una de las ideas básicas que han orientado estos Comentarios, la de la «centralidad» de la Comunidad Autónoma, y por ende de su Estatuto de Autonomía. Hemos partido de la hipótesis de que la condición de la Comunidad Autónoma como comunidad *política* debía tener la inevitable consecuencia de que las categorías propias de una comunidad así calificada, aun privada de soberanía en el sentido usual del término, debían ser explicadas esencialmente a partir de la propia Comunidad Autónoma. En otros términos, habíamos de evitar explicar esta (sub)comunidad política simplemente en lo que sus categorías tuvieran de específico, de

diferente o de «apartamientos» respecto de las categorías estatales homólogas, para, dicho sencillamente, analizarlas con la *autonomía* que el caso requiere.

Ha habido, por tanto, algo así como un llamamiento a un «centralismo», por más que necesariamente relativo. Centralismo en el sentido de que la autonomía política requiere también una cierta dosis de «autonomía teórica» o conceptual. Los comentarios, de esta forma, habrían de ser capaces de «explicar» directamente a la comunidad andaluza, como tal comunidad política, insisto, sin ir más allá de lo exigido en lo que se refiere a las conexiones con las categorías estatales, o incluso, en último extremo, las de la propia Unión Europea.

En la misma línea, en su comentario del artículo 1.º del Estatuto, y advirtiendo del peligro de una recepción automática de las categorías del texto de 1981, J. M. Morales ha entendido que esta reflexión también debiera aplicarse en sentido diacrónico, cuando señala cómo «la nueva realidad hace que algunos de los términos heredados del texto anterior adquieran o aporten hermenéuticamente nuevos significados».

Por utilizar un recurso gráfico, la inspiración que nos ha servido de guía ha sido la de que un Estatuto de Autonomía, en todo caso «este» Estatuto de Autonomía, sólo en segundo término puede ser entendido como una ley orgánica. Los que siguen no son, ni hubieran podido ser, los comentarios de una ley orgánica.

Excede con mucho del sentido de estas páginas introductorias todo intento de explicar lo que la «Comunidad Autónoma» de Andalucía ha llegado a ser a la altura de 2012, desde los ya lejanos años de la transición política de 1975-78. La identidad o acaso la sustancia de «Andalucía» es en buena medida, como se sabe, el propósito del Preámbulo del Estatuto, propósito discutible en su plasmación, y acaso incluso imposible ya como tal idea: Lo *indecible*, digámoslo así, tiene su propio territorio. Pero la «Comunidad Autónoma», cualquiera de ellas, pero a nuestros efectos la andaluza, es otra cosa. La Comunidad Autónoma, como el Estado, es construcción social, en el sentido amplio de la acepción. Pero a diferencia de éste es obra reciente, hechura de una determinada generación de mujeres y de hombres, de la generación, cabe añadir, que, hablando por mí, ya constituimos los y las mayores de esta tierra. Sin el Estado la Comunidad Autónoma simplemente no se entiende, con independencia de lo cual ésta ha terminado a su vez transformándolo, en cierto modo desde dentro, haciéndolo así, posiblemente de forma irreversible, «Estado *de las autonomías*».

A esta concreta Comunidad Autónoma le ha correspondido, en primer lugar, articular el territorio cuantitativamente más relevante del Estado y, en segundo lugar, demostrar su capacidad de conexión con un pueblo, el andaluz, por una parte, claramente predispuesto, y en la medida en que afirmaciones de este calado pueden ser hechas, a poner su identidad al servicio de un determinado proyecto político de autogobierno, todo ello, al mismo tiempo, con la intención de que dicho proyecto se configurase y se mantuviese, en tanto que herramienta al servicio de ese mismo pueblo, al servicio de su progreso.

En este sentido, el Estatuto de Autonomía fue originariamente constituyente de la Comunidad Autónoma en el sentido literal del término, y ello en unos términos a los que difícilmente puede aspirar la norma fundamental de un Estado respecto de este último. Llegados a este punto me correspondería ceder la palabra a Manuel Medina, en las páginas que siguen a éstas. Únicamente me atrevería a añadir que la oportunidad de



unos comentarios a un texto normativo como es el Estatuto de Autonomía de algún modo se beneficia de la posición estratégica que le sigue correspondiendo respecto de la Comunidad Autónoma a la que sirve de fundamento y origen.

Cambiando ya de tercio, los comentarios de un texto legal deben ser una obra a la que el jurista puede acudir buscando información *directamente* relativa a una determinada disposición del mismo. Es esta pretensión de identificar una «unidad de sentido» en cada uno de los preceptos del texto comentado lo que, desde una perspectiva conceptual, caracteriza ante todo a unos comentarios artículo por artículo, como se suele decir, por contraste con otros géneros de la literatura jurídica.

Obras con este mismo contenido y propósito, de comentarios a este Estatuto de Autonomía, ya existían, o bien estaba anunciada su aparición, o, en fin, han ido apareciendo a lo largo de los años de duración del proyecto. De todas ellas han podido beneficiarse ampliamente estos Comentarios, como atestigua el comentario de muchos de los preceptos. La diferencia ha consistido en la pretensión de abordar de forma individual y singularizada todos y cada uno de sus preceptos, desde el Preámbulo hasta la disposición final tercera (Entrada en vigor). Ello hace un total de 262 comentarios relativamente autónomos a otras tantas disposiciones (261 más el dedicado al Preámbulo). En este sentido, los presentes Comentarios han podido beneficiarse de unos medios y unos plazos que no es exagerado calificar de cualitativamente diferentes a los que, salvo excepciones, debemos aceptar en nuestro medio académico y editorial.

Sobra decir que la opción por unos Comentarios en el sentido indicado suponía el entendimiento de que todas y cada una de sus numerosas disposiciones, sin excepción, eran «comentables», se entiende, de manera autónoma y con arreglo a un esquema formal válido sustancialmente para todas ellas. El riesgo de la opción no era desdeñable, en un texto casi todo él tan joven. Desde este punto de vista ha habido un expreso llamamiento a acudir al *contexto* como complemento del *texto*, en parte, desde luego, por convicción metodológica, pero en parte también, debe reconocerse, como refuerzo de un texto ocasionalmente desprovisto de material para la exégesis.

La individualización del comentario ha venido facilitada por la circunstancia, aparentemente anecdótica, de que, a diferencia de lo que fue el caso en el primero, el Estatuto de 2007 ha ido dando «un nombre» a todas y cada una de sus disposiciones, con alguna excepción aislada. Éste puede parecer un dato estrictamente formal, y sin embargo este esfuerzo del legislador ha permitido entender que a cada disposición correspondía una materia, un tema o un contenido sobre el que el comentario podría versar. Dicho lo cual, no cabe desconocer que el Estatuto contiene ocasionalmente algún precepto meramente reiterativo. Pero, con esa salvedad, ninguna disposición del Estatuto debía entenderse como gratuita. Más bien al contrario, todas ellas son expresión de un propósito político, con independencia de las variaciones en su virtualidad jurídica.

Ha habido, en todo caso, que trabajar con un texto legal muy nuevo, pues la mayoría de los comentarios se han elaborado cuando el Estatuto tenía entre tres y cuatro años de vigencia. Un comentario, no hace falta decirlo, aparte la explicación de la génesis y la comparación del precepto, vive de o se sustenta en la aplicación del mismo, de su desarrollo normativo y de su aplicación jurisprudencial, de la doctrina, en fin, generada en torno al mismo. De todo esto, con frecuencia, podía haber poco o muy poco.

Pero éste es el «segundo» Estatuto andaluz, un texto que entra en vigor cuando la Comunidad Autónoma andaluza lleva veintiséis años de intensa vigencia, a partir precisamente de su primer Estatuto, el de 1981. Sin la previa existencia del Estatuto de 1981, de un cuarto de siglo de «Estado de las autonomías» en el que la Comunidad Autónoma andaluza ha sido una pieza determinante, equilibradora y «asentadora», unos comentarios de estas características hubieran sido impensables. Baste echar una mirada al aparato documental normativo, jurisprudencial y doctrinal que acompaña a no pocos de los preceptos comentados. En definitiva, la «historia» del Estatuto de 1981 en cuanto incorporada al Estatuto de 2007, y del que se presenta como su reforma, ha alimentado de manera determinante los presentes Comentarios.

Desde luego, la pretensión de trasvase de la cultura autonómica al comentario del Estatuto suscita el peligro de una derivación del comentario al diccionario, casi se podría añadir, «enciclopédico». Es algo asumido desde el inicio: de ahí que los Comentarios tengan algo de diccionario jurídico «de las autonomías», tal como han quedado.

La Presidenta del Parlamento, Fuensanta Coves, en la Presentación que precede, asigna a los Comentarios el objetivo de «servir de base argumental en la génesis de la futura normativa, y aportar criterios seguros que consigan el mayor encaje posible con cada principio estatutario». El tiempo dirá en qué medida hemos cumplido el objetivo. Si nos gustaría, desde luego, creer que hemos hecho modestamente una parte no despreciable de ese trabajo. Pero será a otros a quienes corresponda decir si mereció la pena.

Fijándome ya en el desarrollo del proyecto, vaya por delante que el lector se encuentra ante un trabajo que ha exigido tres años cumplidos. Un acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía de 20 de diciembre de 2007 decide la edición de unos comentarios al recién aprobado Estatuto de Autonomía para Andalucía, «en razón de la iniciativa que le ha correspondido –al Parlamento– en la elaboración del nuevo Estatuto». El proceso de aprobación del ya referido convenio entre ambas instituciones, en tanto que fórmula relativamente inusual, consumió por sí solo los primeros cinco meses. No obstante, como se señala ya en el Acuerdo de la Mesa del Parlamento, se trata de «una tarea a desarrollar, dado su alcance, con el horizonte puesto en un año de tanta carga simbólica como 2012».

El proyecto como tal se ha desarrollado a lo largo de tres cursos académicos (2008-2009, 2009-2010 y 2010-2011). Pero de nuevo una advertencia: el primero de ellos pertenece a su «intrahistoria». Es por eso el menos visible, por lo que merece la pena detenerse algo más en el mismo. En ese primer curso, y hasta la primera reunión general del grupo de investigación al final del mismo, el equipo de trabajo se reduce esencialmente a dos personas, Javier Pardo, como coordinador general del proyecto, y yo mismo como su director, si bien ya con el importante apoyo de los diversos servicios del Parlamento. El trabajo de este primer curso es un trabajo de definición, de prospección, de organización y de planificación.

En lo que a la definición del proyecto se refiere había que atender a dos vertientes igualmente urgentes, la personal y la sustantiva. Por un lado, había que diseñar el detalle del proyecto. Por otro lado, había que encontrar las personas capaces de llevarlo a cabo.

Por lo que hace a lo primero, se trataba de concretar el peso específico que correspondería dar en los Comentarios a cada uno de los 261 preceptos que integran el Estatuto. Para no complicar excesivamente las cosas, procuramos manejarnos con sólo tres grupos, uno primero de disposiciones, por así decir «básicas», como puedan ser los preceptos que categorizaban las competencias asumidas; uno segundo, el más numeroso, de preceptos que revelaban una cierta altura semántica, como pueda ser el caso, por poner un solo ejemplo, de los decretos-leyes andaluces, y finalmente el de las disposiciones que regulaban cuestiones muy específicas, tales como la de los senadores por Andalucía. Para cada uno de ellos fijamos una horquilla de extensión, con flexibilidad hacia arriba o hacia abajo, ya sea para las disposiciones verdaderamente cruciales o, inversamente, para las disposiciones de remisión pura y dura a otras. Finalmente, se trataba de agrupar estos preceptos temáticamente, dada la dispersión con la que el Estatuto aborda un buen número de materias, las cuales, por su parte, también habían de ser identificadas.

Por lo que hace a lo segundo, una primera cuestión a determinar fue la del número aproximado de sus integrantes. Éramos conscientes de que este proyecto difícilmente podría exigir una dedicación a tiempo completo, aunque fuera por un par de años, por parte de los autores a quienes consiguiéramos atraer. Por otra parte, la evidente pluralidad de materias que abarca un Estatuto de Autonomía como el andaluz de 2007 impedía sensatamente asignar este trabajo a un grupo reducido de estudiosos. Necesitábamos un grupo numeroso, tanto si pretendíamos que las materias fueran tratadas con la suficiente pericia, como si pretendíamos «ganar» a una serie de personas que normalmente están ya inmersas en una actividad investigadora marcada con anterioridad. En definitiva, la carga debía ser «asumible» para los autores. Así es como nos hemos situado en el horizonte de un equipo de unas treinta personas (al final, veintinueve para ser precisos), lo que ya suponía una media de unos diez comentarios cada una.

Hubimos por supuesto de pensar también en las personas adecuadas para cada uno de los grupos de preceptos, lo que equivalía a dirigir la mirada a la bibliografía existente. Por suerte, como ya he tenido ocasión de indicar, el Estatuto no nacía de la nada ni el Estado de las autonomías era ya una pura promesa, como hubiera sido el caso si esta tarea hubiera habido que emprenderla en 1981, con el primer Estatuto. El Estado de las autonomías contaba ya con un *acquis* doctrinal muy serio.

Hemos buscado un perfil biográfico *grosso modo* identificado con una determinada generación, la de quienes accedieron al estudio del Derecho en los años fundadores de la autonomía andaluza, del primer Estatuto, y por tanto del Estado constitucional y de las autonomías. Son ya autores que no han «vivido» otro ordenamiento jurídico en Andalucía que el derivado de la Constitución y el Estatuto. En definitiva, una generación de profesores aún jóvenes, pero académicamente en plena madurez. Andaluces, por lo demás, en lo que a su extracción universitaria se refiere, aunque no invariablemente. Ha sido una suerte contar con María Jesús García Morales, de la Universidad Autónoma de Barcelona, y con Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, de la Universidad Autónoma de Madrid. Creo que era positivo contar con la presencia, más que testimonial, de autores procedentes de universidades no andaluzas.

La etiqueta, en todo caso, que corresponde a estos profesores es la de «iuspublicistas». Son profesores de Derecho Público, con alguna matización, constitu-

cionalistas los más, administrativistas como el segundo grupo más numeroso. Sólo en el caso del comentario al Preámbulo nos planteamos por un momento hacer una excepción, en una obra por definición de carácter jurídico, opción que abandonamos pudiendo disponer de un jurista con el perfil adecuado para la tarea, como es el caso de Agustín Ruiz Robledo. Como quiera que sea, la variedad de especialización académica venía exigida por la propia materia y pone de manifiesto un muy positivo grado de «socialización» del Estatuto en el seno de nuestras facultades de Derecho.

Junto a ello, hemos procurado una fuerte dispersión en el reclutamiento, por lo que se refiere al extenso territorio de la Comunidad Autónoma. Unido a la dispersión anterior, la composición del grupo ha permitido, o al menos así me gustaría que fuera, la «emergencia», si se admite la acepción, de una pieza nueva en el «espacio andaluz» del Derecho público. Ha habido colaboración, convivencia, reflexión y diálogo entre un amplio grupo de profesionales de la educación y la investigación del «Derecho propio» de Andalucía.

El grupo se ha mantenido esencialmente en su composición inicial. Juan Manuel Carrillo Donaire debió abandonar, muy a su pesar, el proyecto por razones profesionales, aun habiéndonos dejado una muestra de su buen hacer con su comentario al artículo 31. He lamentado que el nombramiento de Joaquín Urías como responsable del Proyecto Euralius de la Unión Europea para la consolidación del sistema judicial de Albania le haya obligado a abandonar nuestro proyecto. Las adaptaciones personales que inevitablemente fue requiriendo el proyecto nos permitieron incorporar, en condiciones de trabajo ya muy condicionadas por el calendario, a Severiano Fernández Ramos, María Jesús Gallardo Castillo, Francisco J. Gutiérrez Rodríguez y Mariano López Benítez. Su extraordinario trabajo merece ser particularmente destacado. Manuel Carrasco ha sido, más de una vez y de dos, nuestra tabla de salvación ante incidencias de última hora; hay que agradecerle su disposición a trabajar contrarreloj sin rebajar un ápice la acostumbrada calidad de sus textos.

Un momento delicado para la pervivencia del proyecto fue el de mi inopinado nombramiento como Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a propuesta del Gobierno de España, el 30 de noviembre de 2009, a raíz del súbito fallecimiento de quien hasta el momento, y desde el año 1995, había sido el primer y único Abogado General propuesto por España, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, cuyas conclusiones forman parte de la historia jurisdiccional de la Unión. Nunca tuve la menor duda de que este nombramiento suponía, en mis circunstancias, la retirada de cualesquiera otras actividades y cargos. Ciertamente, el proyecto estaba ya diseñado en todos sus detalles y la reunión general del grupo del verano anterior había permitido pasar a la fase de redacción de los comentarios. Pero es claro que el resto no era pura labor de «seguimiento». Entendí por eso que lo único responsable era hacer una excepción con el mismo y solicitar la autorización del Tribunal de Justicia para continuar en la dirección del proyecto, si bien ya con una responsabilidad compartida.

La compatibilidad de ambas tareas tenía, en efecto, limitaciones evidentes. Si he podido seguir al frente del proyecto ha sido gracias a la incorporación de Manuel Medina en la dirección del mismo. Debo, por tanto, agradecer también al Parlamento de Andalucía que aceptase esta combinación de nuestros dos nombres al frente del proyecto. Y ante todo debo agradecer al propio Manuel Medina su aceptación de una carga tan gravosa, que tenía que sumarse a la que ya había asumido en su condición de

miembro del grupo y de autor, por tanto, de una relevante serie de preceptos. Suyo es, entre otros varios, el comentario al artículo 99, desde el inicio previsto como «patrón» del resto.

Cerrado el diseño del proyecto en su dimensión personal y material, tocaba ya la organización y la planificación. Por lo que hace al cronograma del proyecto, el proyecto inicial que sometí al Parlamento de Andalucía preveía una aparición escalonada de la obra, estructurada en cuatro volúmenes, a lo largo de otros tantos años, de 2009 a 2012. El año 2009, sin embargo, se consumió en los trabajos preparatorios de concepción y diseño, de tal modo que resultó imposible mantener la estrategia inicial. Hubo un momento ya en los primeros meses de 2009 en los que se impuso el abandono del esquema de avance gradual para optar por un trabajo simultáneo.

Con el horizonte puesto en 2012, nos propusimos un cronograma desarrollado en dos cursos académicos, 2009-2010 y 2010-2011, con un «pistoletazo de salida» en una primera reunión general del grupo en junio de 2009, una segunda reunión general a mitad del proyecto al final del primero de dichos cursos y una tercera y última reunión general, de cierre, al final del segundo curso, en junio de 2011.

El desarrollo del proyecto ha tenido lugar en buena medida «bajo la sombra» de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente al Estatuto catalán de 2006. Sin necesidad de entrar ahora en una serie de detalles que no me corresponden, no cabe ignorar que los destinos de ambos Estatutos no han estado muy alejados el uno del otro. El paralelismo, en el sentido de frecuente coincidencia entre los dos Estatutos, hacía que la respuesta que merecieran tales recursos no pudiera ser indiferente para el Estatuto andaluz.

Esa fue la razón de que la parte de estudio de la primera reunión general del grupo, los días 25 y 26 de junio de 2009, estuviera dedicada a un análisis sistemático de las coincidencias y divergencias entre ambos Estatutos, y muy singularmente en los extremos objeto del principal de los recursos interpuestos frente al Estatuto catalán. Así, iniciamos nuestra «ceremonia de arranque» en torno a un tema de reflexión bajo el título «El Estatuto andaluz ante los recursos de inconstitucionalidad *paralelos*». En la preparación de dicha reunión hicimos incluso la previsión de que la correspondiente sentencia pudiera estar pronunciada en el momento de celebración de la referida jornada. Es sabido que no fue así, no siendo hasta el invierno siguiente cuando llegó la que sería STC 31/2010.

La segunda reunión general, 15 y 16 de julio de 2010, con el grueso de las versiones provisionales de los comentarios ya entregado, pudimos en consecuencia dedicarla a la repercusión individualizada de la STC 31/2010 sobre los distintos grandes capítulos del Estatuto andaluz. De este modo, en febrero de 2011 pudimos hacer entrega de la versión provisional de la obra. El año 2011 sería el de corrección de las versiones provisionales.

La última reunión general del grupo, en junio (2 y 3) de 2011, con los comentarios completos, se centró en las valoraciones de los comentarios de los distintos Títulos del Estatuto a cargo de un selecto grupo de profesores de Derecho Público provenientes de la mayoría de las facultades de Derecho de la Comunidad.

Mención especial merece, en este sentido, la plana mayor de los colegas académicos, globalmente de mi propia generación, que han aceptado, con una generosidad que les honra, encabezar la presentación de los comentarios a los distintos Títulos, y en algún caso Capítulos, del Estatuto. Quiero simbolizar este reconocimiento en la persona de Javier Pérez Royo, en tanto que uno de los padres del primer Estatuto.

El cierre de la edición, previsto inicialmente para el 31 de julio pasado, ha sido pospuesto finalmente al 31 de octubre, a fin de dar cabida, como era ineludible, a la Reforma de la Constitución de 27 de septiembre, relativa al artículo 135 de la Constitución Española, con incidencia directa en las comunidades autónomas, las cuales aparecen expresamente mencionadas en cuatro ocasiones en la nueva versión de dicho precepto constitucional. Ello es también tanto como decir que la edición se ha cerrado junto con la IX Legislatura de las Cortes Generales.

En último término, y más allá del carácter colegiado del trabajo, cada texto lleva una firma y es expresión de un derecho a la investigación y de una libertad de expresión que es, en cada caso, estrictamente individual.

Para finalizar estas páginas no me resta sino el capítulo de los agradecimientos, un capítulo necesariamente largo, porque es larga la serie de las entidades y las personas que han hecho posible este proyecto. Por lo que hace a las primeras, fuerza es comenzar por el Parlamento de Andalucía, y singularmente por su Mesa, que impulsó el proyecto. Igualmente, debo reconocer el apoyo constante de las presidentas de las dos últimas legislaturas, Mar Moreno, por la legislatura «estatuylene», y Fuensanta Coves, bajo cuyo mandato se ha desarrollado la mayor parte del proyecto, en los años inaugurales de este nuevo Estatuto. El mismo apoyo he encontrado en el Letrado Mayor, José Antonio Víboras, y en cada uno de los integrantes del Cuerpo de Letrados. Los letrados, en su mayoría, han sido, por propia decisión, testigos en la sombra. He echado de menos una aportación y un saber que hubieran sido decisivos en ocasiones. Pero he respetado su opción, que contaba sin duda con argumentos de peso. En todo caso, de éstos, he podido contar con Javier Pardo, el coordinador general del proyecto, que ha trabajado conmigo a lo largo de estos años con inteligencia, lealtad y paciencia: el «día a día» de este proyecto ha sido suyo. Vicente Perea, como Letrado Coordinador del Centro de Publicaciones, ha volcado toda su experiencia a fin de que hayamos podido gobernar adecuadamente los tiempos y los modos de la edición.

En fin, el Parlamento de Andalucía, como institución y como edificación, este imponente Hospital de las Cinco Llagas, ha acompañado y apoyado de modo inestimable el proyecto. Quisiera a este respecto mostrar mi sincero agradecimiento a Antonio Ramos Olivares y a los técnicos de la Subdirección de Informática, que configuraron una herramienta (el llamado «Espacio Virtual *COSTA.A*») para la comunicación entre los autores y la divulgación de sus trabajos y materiales en el seno del proyecto. Igualmente, debo hacer extensiva mi gratitud al Centro de Publicaciones no Oficiales, que nos ha prestado una inestimable asistencia técnica en todo lo relacionado con las labores de corrección y edición de la obra; al Servicio de Biblioteca, que confeccionó diversos catálogos bibliográficos; al Gabinete de Prensa, autor de un *dossier* semanal de noticias relacionadas con las distintas materias estatutarias, así como también a los Servicios de Personal y Asuntos Generales, y de Gestión Económica, encargados de los diversos trámites administrativos relacionados con el proyecto.

Nunca pude imaginar al inicio de este proyecto que estas páginas fueran a ser redactadas en la sede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero así ha sido o, mejor dicho, así ha podido ser, gracias a la autorización de esta institución para seguir al frente de este proyecto, aunque fuera descargándome de parte del trabajo, en los términos ya referidos. Después de todo, la Unión no es precisamente una desconocida para el Estatuto.

La Universidad Autónoma de Madrid ha aceptado dar el imprescindible soporte académico al proyecto, en mi condición de profesor de su claustro, con una generosidad que quisiera destacar. Mi agradecimiento se extiende a las autoridades académicas, al Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho y a los servicios de investigación.

Mi agradecimiento final pero muy especialmente a Abraham Barrero, nuestro «responsable de edición» –como lo hemos calificado–, que ha estado durante casi dos años «en el rompeolas», bregando con los textos provisionales, asumiendo la ingrata tarea de «diálogo» con los autores a partir de las primeras versiones. Abraham no firma nada, pero conoce esta obra con un incomparable grado de detalle.





## EL SEGUNDO ESTATUTO DE AUTONOMÍA

MANUEL MEDINA GUERRERO

Aunque el transcurso del tiempo contribuyó a forjar el «importante nivel de identificación» del pueblo andaluz con el Estatuto de 1981 –justamente destacado por la presidenta del Parlamento, Fuensanta Coves, en la «Presentación»–, también trajo consigo profundas transformaciones en todos los ámbitos que aconsejaban su adaptación. No se trataba únicamente –con ser importante– de los cambios que había introducido en el funcionamiento real del sistema la adhesión de España a las Comunidades Europeas, o de la circunstancia de que las instituciones autonómicas se hubieran consolidado, sino de que las vertiginosas transformaciones técnicas, sociales y económicas experimentadas en los últimos años habían tenido un alcance generalizado. Sencillamente, el Estatuto se había creado en una realidad sustancialmente distinta a la que se había conformado tras más de dos décadas de vigencia. Y aun cuando distara mucho de contener una «codificación» o imponer un específico «programa» ya cerrado que sólo cumpliera ejecutar, y era pues una norma razonablemente «abierta al tiempo», la flexibilidad del Estatuto de 1981 no llegaba hasta el extremo de permitir la incorporación de la renovada realidad vía interpretativa.

Y el cambio de siglo –que prácticamente coincidió con el vigésimo aniversario del Estatuto– no vino sino a remarcar simbólicamente la conveniencia de su acomodación a esa nueva realidad. Así se puso de manifiesto en la invitación que, con ocasión de la efeméride de los veinte años de aprobación del Estatuto, cursara el entonces presidente del Parlamento, Javier Torres Vela, a los siete ponentes del Estatuto de Carmona al objeto de que reflexionasen sobre una posible adecuación del mismo al siglo XXI<sup>1</sup>. Pese a la variedad ideológica de los ponentes, hubo una amplia coincidencia en identificar algunos de los concretos aspectos en que cabría avanzar al objeto de profundizar en el autogobierno: alcanzar un sistema de financiación estable, posibilitar la participación de Andalucía en el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea y, en fin, proceder a una nueva articulación del nivel local de gobierno a través del fortalecimiento del papel de los municipios.

La necesidad de superar esta incongruencia entre el Estatuto y la realidad no residía única o primordialmente en la circunstancia de que los objetivos y fines estatutarios que habían encauzado el rumbo de la nueva comunidad política se pudieran dar por agotados o hubiesen devenido anacrónicos (aunque desde luego algún ejemplo cabría citar al respecto), pues en tal caso podría haber bastado con una limitada modificación del mismo. Antes al contrario, era la totalidad del Estatuto la que se entendía afectada por el surgimiento de esos nuevos acontecimientos, factores y condicionantes que, obviamente, no podían siquiera vislumbrarse a comienzos de la década de los ochenta. Se trataba, en suma, para decirlo con los términos empleados por el Preámbulo, de emprender *«un nuevo proyecto histórico que debe permitirnos afrontar con garantías los retos de un tiempo nuevo, definido por los profundos cambios geopolíticos, económicos, culturales y tecnológicos ocurridos en el mundo y por la posición de España en el contexto internacional»*.

---

<sup>1</sup> *Veinte años después. Los Redactores del Estatuto reflexionan sobre la Autonomía Andaluza*, Parlamento de Andalucía, 2001.

El impulso reformador presuponía, pues, una ampliación del horizonte regulador del estatuyente y conllevaba, por tanto, una expansión de las materias que se consideraban *dignas* de ser tratadas en esta sede, lo que a su vez conducía casi inevitablemente, desde un punto de vista formal, al incremento de las dimensiones del propio Estatuto. Buena muestra de ello ofrecen, por citar sólo algunos ejemplos, la multiplicación de los objetivos básicos de la Comunidad en relación con el listado del Estatuto de 1981 (aspecto destacado por Álvarez-Ossorio en el examen del art. 10); el tratamiento detallado de cuestiones que apenas habían hecho acto de presencia en la versión originaria pero que habían experimentado una radical evolución en los últimos años (como subraya Jordano Fraga a propósito de las técnicas de protección del medio ambiente, al que ahora se dedica específicamente un Título); o, en fin, la asunción de competencias en sectores materiales soslayados en el primer Estatuto, según recuerda el profesor López Ulla al abordar el comentario de los arts. 62 (inmigración) y 82 (protección de datos).

Por otra parte, la sensación de que era conveniente «perfeccionar» el Estado autonómico se extendía con alcance general, y de ahí que también se experimentase un movimiento reformador impulsado desde el centro. De hecho, la mayor parte de las reformas constitucionales inicialmente proyectadas en la VIII Legislatura<sup>2</sup> afectaba al sistema territorial de forma más o menos directa: la modificación del Senado, la inclusión del listado de las comunidades autónomas y, también, la *europaización* de la Constitución española, pues previsiblemente habría de contener alguna referencia a la inserción de las comunidades autónomas en las relaciones entre el Estado y las instituciones europeas.

Es cierto que el *aggiornamento* del Estado autonómico, en alguno de sus aspectos, no pasaba necesariamente por la modificación de la Constitución o los Estatutos de Autonomía, pues hubiese sido suficiente con la reforma de la normativa infraconstitucional. Así, la potenciación de los gobiernos locales y su *interiorización* en la Comunidad Autónoma podría haberse alcanzado con la proyectada –y frustrada– reforma de la LRBRL acometida en la citada VIII Legislatura, que apuntaba a configurar una regulación básica reducida a lo estrictamente principal con el objetivo de dejar un generoso margen de maniobra para el desarrollo normativo de las comunidades autónomas, al tiempo que perfilaba y ampliaba las garantías de la autonomía local. Asimismo, la participación autonómica en la esfera europea podría haberse mejorado e institucionalizado con decisiones normativas del Estado, por más que en efecto nuestro art. 93 CE diese ya –y prácticamente desde el Tratado de Maastricht– muestras evidentes de obsolescencia. La renuencia o la dificultad de avanzar en estos objetivos a través de la reforma del marco normativo general no dejaba, pues, otra vía que la de la reforma estatutaria. Bajo este prisma, puede afirmarse que, siquiera parcialmente, los nuevos Estatutos sustituyen la falta de respuestas generales por parte del nivel central de gobierno ante las reivindicaciones autonómicas.

Por lo demás, debe notarse que el proceso de reformas estatutarias emprendido en España no se produce en el vacío. En Europa también se percibe cierta sensación de cambio de ciclo coincidente con el nuevo siglo; en el contexto europeo, es también época de transformación de los Estados políticamente descentralizados.

---

<sup>2</sup> *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos* (edición a cargo de RUBIO LLORENTE y ÁLVAREZ JUNCO), Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

En el seno de un debate iniciado ya en la última década del anterior siglo en torno a la conveniencia de aligerar los «excesos cooperativos» del federalismo europeo e introducir mayores dosis de *federalismo competitivo* –debate en el que ya se proyectaba tenuemente la sombra de la contención del gasto público y el endeudamiento–, se abre paso la certidumbre de que es preciso clarificar el sistema de distribución de competencias. A través de un ajuste más fino en el deslinde de los diferentes ámbitos competenciales, que permite a los ciudadanos identificar con mayor facilidad al nivel de gobierno responsable de las decisiones, se mejora la rendición de cuentas y, con ello, se sientan las bases para un incremento de la eficiencia del sistema federal en su conjunto. Clarificación del reparto competencial que puede lograrse a través de unas reglas constitucionales más precisas y detalladas, como lo puso de manifiesto la reforma constitucional suiza de 1999; línea de mayor minuciosidad en la distribución competencial a la que cabría sumar las Leyes de devolución de Escocia y Gales. O sencillamente la clarificación competencial pasa por disminuir la esfera de las competencias compartidas en beneficio de las competencias exclusivas de los diversos niveles de gobierno (reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 2006).

Aunque las transformaciones que, de forma paralela o coetánea a las reformas estatutarias, se están acometiendo en los Estados políticamente descentralizados europeos no se circunscriben a la esfera competencial. Es también una etapa de reformas constitucionales que vienen a potenciar genéricamente la autonomía local (reforma constitucional italiana de 2001) o más concretamente la posición financiera municipal (reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 2006, así como la reforma de diversas Constituciones de Länder). Como también es una fase en la que se trata constitucionalmente de mejorar (Alemania) o reconocer (Italia) la participación de los entes subcentrales en el proceso de toma de decisiones en la Unión Europea.

En definitiva, el proceso de reformas estatutarias, lejos de constituir un fenómeno aislado, formó parte de una tendencia ampliamente extendida en Europa de reajuste de los Estados políticamente descentralizados, o al menos coincidió con ella en el tiempo. Y estas experiencias no podían dejar de hacer sentir su influencia entre nosotros. Huellas de algunas de estas modificaciones introducidas en los Estados europeos referidos son, pues, claramente perceptibles en el nuevo Estatuto de Andalucía. El Estatuto de 2007, como toda obra humana, es obviamente hijo de su tiempo.

Pero no es solamente hijo de su época, es también fruto del *momento*. Aunque, como hemos visto, al cruzar el umbral del vigésimo aniversario de nuestro Estatuto ya era perceptible en Andalucía la tendencia a proceder a su revisión, lo cierto es que el pistoletazo de salida del proceso de reformas estatutarias lo dan de nuevo las nacionalidades históricas *originarias* (la frustrada tentativa vasca, primero, y más tarde, tras la Comunidad valenciana, Cataluña). No es un secreto para nadie que la previa experiencia reformadora de Cataluña ha gravitado –e influido de forma apreciable– en el estatuyente andaluz. Máxime cuando la Propuesta de reforma del Estatuto aprobada por el Parlamento catalán asumía una concepción en extremo generosa de la potencialidad descentralizadora del texto constitucional, hasta el punto de poder afirmarse fundadamente que, antes que una mera reforma estatutaria, entrañaba la apertura de un «segundo proceso autonómico» que, de cristalizar, supondría la «refundación» del Estado de las autonomías. En este contexto, cualquier avance o consolidación en el autogobierno de una de las comunidades autónomas que la precedieron en la reforma, y que pudiera traducirse en un estatus singular, debía

trasladarse a Andalucía y hacerse suya por la Comunidad Autónoma. Ésta era una premisa inexcusable de la que partía nuestro proceso de reforma, tal y como se reconocía explícitamente en el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que se ha mantenido íntegramente en el Preámbulo del vigente Estatuto: *«Hoy, como ayer, partimos de un principio básico, el que planteó Andalucía hace 25 años y que mantiene plenamente su vigencia: Igualdad no significa uniformidad. En España existen singularidades y hechos diferenciales. Andalucía los respeta y reconoce sin duda alguna. Pero, con la misma rotundidad, no puede consentir que esas diferencias sirvan como excusas para alcanzar determinados privilegios. Andalucía respeta y respetará la diversidad pero no permitirá la desigualdad»*.

El «peso» del precedente catalán ha contribuido muy probablemente tanto a la ampliación material del Estatuto de 2007 (por ejemplo, el tratamiento del poder judicial más allá de las referencias al Tribunal Superior de Justicia y a la «administración de la administración de justicia»), como a la mayor intensidad en la regulación de materias ya tratadas en el anterior Estatuto (hacienda). Una pretensión de alcanzar el mismo nivel de autogobierno que ha llevado a que también se compartan los mismos riesgos, como la inclusión de preceptos que muy dudosamente pueden calificarse como *normas materialmente estatutarias* (paradigmáticamente, las que establecen criterios para la territorialización de las inversiones del Estado).

Aunque, quizá, sea en la regulación de las competencias donde dicha influencia resulte más perceptible: algunas de las técnicas protectoras que incorpora el estatuyente catalán como «reacción» frente a los pretendidos excesos competenciales cometidos por el Estado pueden fácilmente identificarse en nuestro Estatuto. Así, la definición funcional de las diversas categorías de competencias –aspecto desarrollado por Montilla Martos al examinar el art. 42–; o la pretensión de evitar que la Comunidad Autónoma se vea privada de una competencia por el solo hecho de que el fenómeno objeto de la misma tenga un alcance supraterritorial, tal y como analiza Naranjo de la Cruz a propósito del art. 43 del Estatuto. Y muy señaladamente el *blindaje* competencial, esto es, la enumeración con detalle de las específicas submaterias competenciales y las concretas facultades y funciones que se atribuyen a la Junta de Andalucía sobre las mismas (los comentarios de los arts. 53 –universidades–, 63 –empleo– y 68 –cultura–, acometidos respectivamente por Gamero Casado, Molina Navarrete y Montoya Martín, ilustran adecuadamente del modo de operar de este blindaje). Como también se asumen, en fin, las diversas fórmulas de participación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de competencias estatales y en la designación de los miembros de los órganos del Estado.

Pero, más allá de las pretendidas disfunciones del Estado autonómico sentidas con alcance general por las comunidades autónomas, tras décadas de autogobierno había una historia específica de la Junta de Andalucía que no podía dejar de imprimir su huella en algunos pasajes del nuevo Estatuto. El peso de esta experiencia propia se hace sentir en efecto en el estatuyente, que pretende precaver en el futuro la reiteración de prácticas del gobierno central reputadas contrarias a los intereses de Andalucía: los criterios para garantizar la suficiencia financiera, la presencia determinante de la Junta para la adopción del sistema de financiación, la nueva regulación de la mal denominada «deuda histórica» (en esta línea, el comentario de Girón Reguera a la disposición adicional segunda) o, en fin, el esfuerzo desplegado por el estatuyente andaluz para asegurar la

gestión y la presencia de la Comunidad Autónoma en la distribución de los fondos europeos son reflejo de algunos de los principales contenciosos que han marcado la historia de la relaciones Estado/Comunidad Autónoma bajo el Estatuto de 1981. En este sentido y con este alcance, el nuevo Estatuto sí refleja en ocasiones esa vertiente de norma «reactiva» frente a pasados «agravios» padecidos por la Comunidad Autónoma.

No ha sido, sin embargo, sólo la experiencia negativa la que ha marcado su impronta en el nuevo Estatuto. Había también una realidad extraestatutaria ya consolidada que reclamaba su anclaje explícito en la norma institucional básica (la disolución anticipada del Parlamento por las razones que esgrime Holgado González en su comentario al art. 127, y la incorporación de la dilatada experiencia de cooperación al desarrollo analizada por Alcaide Fernández a propósito del art. 245); o a la que ahora se ha creído oportuno elevar de rango, tal y como sucede con aquellos órganos de creación legal que se incorporan al Estatuto e incluso pasan a integrar la Junta de Andalucía (así, entre otros, el Consejo Consultivo o la Cámara de Cuentas, objeto de comentario por Anguita Susi). En otras ocasiones, se pretende dotar al Ejecutivo de herramientas que le permitan un más eficaz desempeño de sus tareas, cuya carencia ya se había hecho sentir en los últimos años (como los decretos legislativos y decretos-leyes examinados por Azpitarte Sánchez).

En definitiva, el estatuyente emprende el proceso de reforma con el objetivo de profundizar en la medida de lo posible en el autogobierno, sin otro límite que el trazado por el marco constitucional: *«Después de casi tres décadas de ejemplar funcionamiento –de nuevo, el Preámbulo–, resulta evidente que el Estado de las Autonomías implantado por la Constitución de 1978 ha producido en estos años un rápido y eficaz proceso de descentralización. Ahora bien, transcurrida esta fructífera etapa de experiencia autonómica se hacen necesarias reformas que modernicen el modelo territorial. Reformas para profundizar el autogobierno, extrayendo todas las posibilidades descentralizadoras que ofrece la Constitución para aproximar la Administración a la ciudadanía».*

Toda empresa ambiciosa tiene sus riesgos, y esta pretensión de apurar la potencialidad descentralizadora de la Constitución no ha escapado a esta regla. El precio a pagar ha sido la declaración de inconstitucionalidad de una de las grandes apuestas simbólicas del estatuyente, la atribución competencial exclusiva sobre el río Guadalquivir (STC 30/2011), que no en balde el Preámbulo vincula directamente con la construcción de la «personalidad andaluza». Pues, como a nadie se le oculta, el reconocimiento explícito de competencias exclusivas sobre la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir no es únicamente una atribución competencial, sino una decisión política de mucho más hondo calado. Su inclusión en el Estatuto pretendía desempeñar –para decirlo en la terminología de Rudolf Smend– una función de «integración material» de la comunidad política andaluza. El Guadalquivir como símbolo del entero territorio andaluz, pero territorio entendido no como mero espacio físico, sino como portador de los valores personificadores del ser andaluz.

Si, ante la indeterminación constitucional del tipo de Estado, todo proceso estatuyente puede entenderse como una prolongación del proceso constituyente, no puede sino valorarse de forma extraordinariamente positiva que el proceso de reforma que ha conducido al Estatuto de 2007 haya sido fruto del consenso de las principales fuerzas parlamentarias andaluzas, que han venido así a secundar en bloque incluso las

innovaciones más dudosas desde el punto de vista de su plena adecuación al marco constitucional. Comoquiera que sea, aun cuando en alguna ocasión se arrostrasen riesgos al apurar las posibilidades hermenéuticas que ofrecía la literalidad de la norma constitucional, lo cierto es que la reforma estatutaria se emprendió con la vocación de mantener el equilibrio entre Constitución formal y Estatutos en la conformación del Estado autonómico que lo había caracterizado hasta la fecha, en cuanto piezas integrantes de lo que se ha dado en denominar la *Constitución territorial* del Estado de las autonomías<sup>3</sup>. Un equilibrio que se ponía de manifiesto en la práctica en la tendencia de considerar los Estatutos como canon o parámetro, pero no objeto, del control de constitucionalidad. Los Estatutos no se declaraban contrarios a la Constitución; a lo sumo, eran objeto de una interpretación *armónica* con los postulados constitucionales.

Pero esto es ya historia. La STC 31/2010 ha supuesto, qué duda cabe, un sustancial cambio de acento en esa inicial «cultura constitucional». Y por más que la misma formalmente no pueda extender sus efectos más que al Estatuto impugnado, es obvio que dicha resolución –que aplica con profusión la técnica de la *interpretación conforme*– no pasa por el Estatuto andaluz como un rayo de luz por el cristal, de tal suerte que una parte apreciable de sus preceptos ha de ser releída y repensada de conformidad con la referida STC 31/2010. En cierto modo, si se me permite la expresión, los comentarios al articulado que ahora siguen operan como *instrucciones de uso* para la comprensión cabal del nuevo Estatuto a partir de las numerosas directrices hermenéuticas contenidas en dicha sentencia.

No obstante, cualquiera que sea su virtualidad jurídica encauzadora o *recortadora* de las potencialidades interpretativas del Estatuto andaluz, la prestancia de éste no se resiente en lo que tiene de expresión de un compromiso político secundado por una amplísima mayoría de las fuerzas políticas estatuyentes andaluzas. Todo ello sin olvidar que algunos de sus rasgos identificativos permanecen ajenos a la acción de la reiterada STC 31/2010.

Así sucede con la *reafirmación de la comunidad política andaluza* que el nuevo Estatuto entraña. Es cierto que el Estatuto de 2007 –que se elabora, como es obvio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Estatuto de 1981– formalmente se presenta como una reforma de éste. Pero no es menos verdad que, sin llegar a equipararse al *fundacional* Estatuto de 1981 en cuanto supuso también la *constitución* de la propia Comunidad Autónoma, el resultado ha ido más allá de una «simple» reforma; y ello no sólo en lo que tiene de «revisión total» del primero y, en consecuencia, de norma enteramente sustitutiva del mismo. Además de esto, el nuevo Estatuto incide de algún modo en el fundamento de la propia comunidad, al implicar el reforzamiento de la identidad política andaluza: Si el Preámbulo que el Parlamento andaluz aprobara en 1983 reiteraba la idea de que el Estatuto de 1981 había servido para «recuperar la identidad del pueblo andaluz», el Preámbulo del Estatuto de 2007 insiste en el papel esencial que desempeñó esa etapa fundacional en el apuntalamiento de la identidad política andaluza: «*El ingente esfuerzo y sacrificio de innumerables generaciones de andaluces y andaluzas a lo largo de los tiempos se ha visto recompensado en la reciente etapa democrática, que es cuando Andalucía expresa con más firmeza su identidad como pueblo a través de la lucha por la autonomía plena*». Pero el Estatuto de 2007 da un paso más: reafirma dicha identidad ya recuperada y asume derechamente

<sup>3</sup> PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, pág. 447 y ss.

la catalogación de «nacionalidad histórica» (art. 1.1) que ya estaba insinuada en el texto de 1981. Apuntalamiento del elemento identitario que, en fin, también se trasluce en la afirmación del Preámbulo de que el espíritu del Manifiesto andalucista de Córdoba de 1919 –que describió a Andalucía como «realidad nacional»– fue encauzado plenamente por los andaluces «a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna».

Otro de los principales rasgos característicos del nuevo Estatuto de Autonomía reside en haber apostado expresamente por los valores del *Estado social* como criterio prioritario en la conformación de la Andalucía del siglo XXI. La consolidación de las competencias autonómicas en los ámbitos materiales más directamente relacionados con el Estado del bienestar y, sobre todo, la inclusión de un catálogo de derechos, integrado en buena medida por derechos de prestación, apuntan inequívocamente en esta dirección. Si a ello se añade la proliferación de principios rectores que comprometen a la Junta de Andalucía en avanzar en pos de la igualdad material, la imagen que proyecta el nuevo Estatuto es que la consecución del Estado social es tarea encomendada primordialmente a la Comunidad Autónoma. Y aunque ésta es una tendencia apreciable en los restantes Estatutos reformados, probablemente en ninguno se aprecie de forma tan nítida como en el andaluz esa conexión entre Estado social y nivel autonómico de gobierno. Es expresivo a este respecto el hecho de que, si los restantes Estatutos incorporan un Título relativo a los «derechos» (que, según los casos, se ven acompañados de «deberes» o de «principios rectores»), el Título I de nuestro Estatuto se titula «Derechos sociales, deberes y políticas públicas». Frente a la categoría «derechos», a secas, utilizada por los restantes estatuyentes, el Estatuto andaluz ha optado por calificar de «derechos sociales» a todos los que consagra, por más que algunos de ellos estén más próximos en su estructura a los tradicionales derechos de libertad. Por otra parte, que bajo la rúbrica «derechos» no se oculte a menudo otra cosa que «meros» mandatos a los poderes públicos autonómicos (como explica Rodríguez-Vergara al examinar la jurisprudencia constitucional en el comentario al art. 38) en modo alguno eclipsa esta impronta social del Estatuto, que, sin duda, constituye otra de sus esenciales «marcas» identificativas. Y desde luego ningún Estatuto recoge y reitera con tanta perseverancia las diversas exigencias derivadas del principio de igualdad de género, ni presta tanta atención al lenguaje no sexista, como el Estatuto de 2007 (aspectos desarrollados fundamentalmente por Eva Martínez y Blanca Rodríguez).

Asimismo reseñable es que, entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, el art. 10.3.19.<sup>a</sup> incluya el de alcanzar una «*democracia social avanzada y participativa*». Compromiso que encuentra en el propio Estatuto una concreción práctica en la configuración del derecho de participación política, pues se concibe en unos términos mucho más amplios que los habituales de la democracia representativa. En este sentido, el Estatuto andaluz pretende dar satisfacción a la aspiración de la ciudadanía de tener una presencia más intensa e influyente en el proceso de toma de decisiones legislativas que la que le proporciona la tradicional iniciativa popular, por lo que ahora se reconoce al ciudadano andaluz el derecho a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades asociativas, «en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento» [art. 30.1.b)]. Cuando se escriben estas líneas, el Parlamento de Andalucía acaba de aprobar la Ley de modificación de la Ley 5/1988, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, que permite a los promotores de las iniciativas legislativas presentarlas y defenderlas ante el Pleno y la oportuna Comisión parlamentaria, debiendo el Reglamento de la Cámara determinar su

concreta forma de participación, aunque siempre orientado por el objetivo de que la misma «resulte equivalente a la de diputados y diputadas en las Proposiciones de Ley» (disposición final primera).

Por lo demás, se trata de un Estatuto decididamente *municipalista*. Y ello sencillamente porque pretende hacer frente a los dos principales órdenes de deficiencias que solían imputarse al marco normativo regulador de los gobiernos locales. De una parte, frente al reproche de que las competencias municipales quedaban en buena medida a la plena disponibilidad del legislador sectorial, el Estatuto delimita un ámbito material sobre el que necesariamente han de reconocerse competencias propias a los municipios (art. 92). Y la pretendida responsabilidad de la Comunidad Autónoma en la situación de insuficiencia financiera local pretende atajarse imponiendo la creación del mecanismo de participación de las entidades locales en los tributos autonómicos (art. 192.1), así como previendo concretas garantías financieras para los casos de pérdidas de ingresos (art. 192.6) o incrementos de gasto (arts. 93.1 y 192.7) generados por decisiones adoptadas por la Comunidad Autónoma. Todo ello sin olvidar la recepción de avances incorporados recientemente en países de nuestro entorno (Italia) destinados a fortalecer la posición del nivel local de gobierno, cual es la instauración de un órgano destinado a permitir su participación en la tramitación de las disposiciones normativas regionales que les afecten (art. 95). De la centralidad de esta vocación municipalista da cumplida cuenta la rapidez con la que el Parlamento andaluz ha satisfecho dichos mandatos impositivos de legislación, tal y como desarrolla Salazar Benítez en el análisis de los diferentes artículos relativos a la organización territorial de la Comunidad Autónoma.

Y es, en fin, un Estatuto *européista*. En contraste con el forzoso silencio del Estatuto de 1981, y en cierto modo supliendo la frustrada *europización* del texto constitucional, la vocación européista del nuevo Estatuto queda ya reflejada en su artículo de cabecera: «La Unión Europea es ámbito de referencia de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos» (art. 1.4). Las referencias a la Unión se hacen, en ocasiones, para preservar la esfera competencial de la Junta, como sucede con las reiteradas llamadas al desarrollo y ejecución autonómica del Derecho europeo en materias de su competencia (arts. 42.2.4.º y 235). Y en especial, el estatuyente trata de reaccionar ante el deficiente cumplimiento del «deber de compensación» por parte del Estado, que le habría debido llevar a garantizar un procedimiento institucionalizado y eficaz de participación de las comunidades autónomas en la toma de decisiones europeas. De ahí que prácticamente la integridad del Capítulo III del Título IX («Relaciones con las instituciones de la Unión Europea») esté encaminada a recoger fórmulas y garantías bien conocidas en los Estados federales miembros de la Unión (como se encarga de describir Carmona Contreras en sus comentarios).

Pero no hay únicamente apelaciones a Europa por razones reivindicativas o tuitivas; también hay reconocimientos expresos de compromisos a satisfacer por la Junta de Andalucía por más que incidan en aspectos nucleares de su derecho de autogobierno, como los derivados de la estabilidad presupuestaria [art. 175.2 h)]. *Nuestro* bloque de la constitucionalidad se adelantó, por consiguiente, en esta asunción explícita de las importantes restricciones al déficit y a la deuda procedentes de la Unión Europea, pues sólo con la reforma del art. 135 CE del pasado mes de septiembre se ha constitucionalizado el principio de estabilidad presupuestaria. Y si bien es cierto que la



reforma establece que el límite del déficit estructural no entrará en vigor hasta el año 2020, es evidente que los legisladores autonómicos durante los años de transición que se avecinan deberán ir disponiendo sus presupuestos de tal modo que estén en condiciones de cumplir con esa restricción en la fecha señalada. El lector de estos comentarios no debería soslayarlo.



# AUTORES



## AUTORES

### **Alcaide Fernández, Joaquín**

Catedrático de Derecho Internacional  
Público. Universidad de Sevilla  
*Arts. 6, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246  
y 247*

### **Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 10, 21, 22, 25, 33, 34, 37 y 161*

### **Anguita Susi, Alberto**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Jaén  
*Arts. 36, 128, 129, 130, 143 y 194*

### **Azpitarte Sánchez, Miguel**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Granada  
*Arts. 8, 108, 109, 110, 111, 115, 116, 190 y  
disposición transitoria segunda*

### **Balaguer Callejón, Francisco**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Granada  
*Título II. Competencias de la Comunidad  
Autónoma*

### **Balaguer Callejón, María Luisa**

Catedrática de Derecho Constitucional.  
Universidad de Málaga  
*Título VIII. Medios de Comunicación Social*

### **Cámara Villar, Gregorio**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Granada  
*Título IX (Capítulos I y II). Relaciones  
Institucionales de la Comunidad Autónoma.  
Relaciones con el Estado y con otras  
Comunidades y Ciudades Autónomas*

### **Cano Bueso, Juan**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Almería  
*Título IV. Organización Institucional de la  
Comunidad Autónoma*

### **Carmona Contreras, Ana**

Profesora Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236,  
237, 238 y 239*

### **Carrasco Durán, Manuel**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 29, 30, 55, 64, 77, 78 80, 113, 144,  
145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152,  
153, 154 y 155*

### **Carrillo Donaire, Juan Antonio**

Profesor Titular de Derecho Administrativo.  
Universidad de Sevilla  
*Art. 31*

### **De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad Autónoma de Madrid  
*Arts. 58, 75, 86, 87, 156, 157, 162, 163,  
164, 165 y 222*

### **Del Valle Gálvez, Alejandro**

Catedrático de Derecho Internacional  
Público. Universidad de Cádiz  
*Título IX (Capítulos III, IV y V). Relaciones  
Institucionales de la Comunidad Autónoma.  
Relaciones con las instituciones de la Unión  
Europea, Acción exterior y Cooperación al  
desarrollo*

**Fernández Ramos, Severiano**

Profesor Titular de Derecho Administrativo.  
Universidad de Cádiz  
*Arts. 133, 134, 136, 137, 138 y 139*

**Gallardo Castillo, María Jesús**

Catedrática de Derecho Administrativo.  
Universidad de Jaén  
*Arts. 27, 44, 47, 76 y 123*

**Gamero Casado, Eduardo**

Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad Pablo de Olavide  
*Arts. 52, 53, 54, 65, 66, 67, 70, 71, 72, 81, 84 y disposición adicional cuarta*

**García Morales, María Jesús**

Profesora Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad Autónoma de Barcelona  
*Arts. 88, 218, 219, 220, 221, 226 y 227*

**García Ruiz, José Luis**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Cádiz  
*Título VI. Economía, Empleo y Hacienda*

**Girón Reguera, Emilia**

Profesora Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Cádiz  
*Arts. 176, 177, 183, 184, 186, 187, 188, disposición adicional segunda, disposición final primera y disposición final segunda*

**Gutiérrez Rodríguez, Francisco José**

Profesor Contratado Doctor. Universidad Pablo de Olavide  
*Arts. 69, 131, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216 y 217*

**Holgado González, María**

Profesora Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad Pablo de Olavide  
*Arts. 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126 y 127*

**Jordano Fraga, Jesús**

Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 28, 50, 51, 57, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205 y 206*

**López Benítez, Mariano**

Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Córdoba  
*Arts. 48, 49, 56 y 83*

**López Menudo, Francisco**

Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Sevilla  
*Título I. Derechos Sociales, Deberes y Políticas Públicas*

**López Ulla, Juan Manuel**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Cádiz  
*Arts. 32, 62, 82, 140, 141 y 142*

**Lucas Murillo de la Cueva, Pablo**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Córdoba  
*Título V. El Poder Judicial en Andalucía*

**Martínez Sampere, Eva**

Profesora Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 15, 16, 73, 107, 114, 135 y 168*

**Medina Guerrero, Manuel**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 45, 99, 175, 178, 179, 180, 181, 182, 185, 189, 191, 192, 193, 225, 228, 229 y disposición adicional tercera*

**Molina Navarrete, Cristóbal**

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad de Jaén  
*Arts. 26, 63, 132, 159, 160, 166, 169, 170, 171, 172, 173 y 174*

**Montilla Martos, José Antonio**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Granada  
*Arts.: 42, 85, 248, 249, 250, disposición adicional primera, disposición adicional quinta, disposición transitoria primera, disposición derogatoria y disposición final tercera*

**Montoya Martín, Encarnación**

Profesora Titular de Derecho Administrativo.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 68, 112 y 158*

**Morales Arroyo, José María**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 1, 11, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 223 y 224*

**Naranjo de la Cruz, Rafael**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Málaga  
*Arts. 2, 7, 43, 46, 59, 79, 89 y 90*

**Pérez Royo, Javier**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Preámbulo y Título Preliminar*

**Revenge Sánchez, Miguel**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Cádiz  
*Título X. Reforma del Estatuto*

**Rodríguez, Ángel**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Málaga  
*Arts. 9, 12, 13, 14, 20, 38, 39, 40 y 41*

**Rodríguez Ruiz, Blanca**

Profesora Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Sevilla  
*Arts. 17, 18, 19, 23, 24, 35, 61, 74 y 167*

**Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Jaén  
*Título III. Organización Territorial de la Comunidad Autónoma*

**Ruiz Robledo, Agustín**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Granada  
*Preámbulo y arts. 3, 4 y 5*

**Salazar Benítez, Octavio**

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad de Córdoba  
*Arts. 60, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98*

**Terol Becerra, Manuel José**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad Pablo de Olavide  
*Título VII. Medio Ambiente*





# ABREVIATURAS



§	Parágrafo
[s/c]	Sin correspondencia
AACID	Agencia Andaluza de Cooperación Internacional al Desarrollo
AATC	Autos del Tribunal Constitucional
AATS	Autos del Tribunal Supremo
AECI	Agencia Española de Cooperación Internacional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AUE	Acta Única Europea
BNG	Bloque Nacionalista Galego
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOCan	Boletín Oficial de Canarias
BOCant	Boletín Oficial de Cantabria
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de la Comunidad de las Islas Baleares
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOM	Boletín Oficial de Madrid
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPA	Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía
BOPAst	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
BOR	Boletín Oficial de La Rioja
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CACL	Consejo Andaluz de Concertación Local
CAIB	Comunidad Autónoma de las Islas Baleares
CARCE	Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas
CARL	Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CARUE	Conferencia de Asuntos Relacionados con la Unión Europea
CC	Código civil

CC AA	Comunidades Autónomas
CC OO	Comisiones Obreras
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEAL	Carta Europea de Autonomía Local
CEDH	Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
CEOE	Confederación española de organizaciones empresariales
CEPYME	Confederación española de la pequeña y mediana empresa
CES	Consejo Económico y Social
CES-A	Consejo Económico y Social de Andalucía
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CGT	Confederación General de Trabajadores
CIU	Convergència i Unió
CMAC	Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación
CNT	Confederación Nacional del Trabajo
CP	Código penal
CPFF	Consejo de Política Fiscal y Financiera
CPM	Código penal militar
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
CSIF	Confederación Sindical Independiente de Funcionarios
DA	Disposición Adicional
DOCM	Diario Oficial de Castilla La Mancha
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña
DOGV	Diario Oficial de la Generalidad Valenciana
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
DSPA	Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos

EAAnd	Estatuto de Autonomía para Andalucía
EAAr	Estatuto de Autonomía de Aragón
EAAst	Estatuto de Autonomía para Asturias
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña
EACan	Estatuto de Autonomía de Canarias
EACant	Estatuto de Autonomía para Cantabria
EACL	Estatuto de Autonomía de Castilla y León
EACM	Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha
EACta	Estatuto de Autonomía de Ceuta
EAE	Estatuto de Autonomía de Extremadura
EAG	Estatuto de Autonomía para Galicia
EAIB	Estatuto de Autonomía de las Illes Balears
EAM	Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid
EAMel	Estatuto de Autonomía de Melilla
EAPV	Estatuto de Autonomía para el País Vasco
EAR	Estatuto de Autonomía para La Rioja
EARM	Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia
EAV	Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EIA	Evaluación de impacto ambiental
ESO	Enseñanza Secundaria Obligatoria
FAFFE	Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo
FAMP	Federación Andaluza de Municipios y Provincias
FCI	Fondo de Compensación Interterritorial
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias
FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola
FF AA	Fuerzas Armadas
FF.JJ.	Fundamentos jurídicos
FJ	Fundamento jurídico
FMI	Fondo Monetario Internacional

FORPA	Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios
FSE	Fondo Social Europeo
IAAP	Instituto Andaluz de Administración Pública
IAE	Impuesto sobre actividades económicas
IAJ	Instituto Andaluz de la Juventud
IASS	Instituto Andaluz de Servicios Sociales
IBI	Impuesto sobre bienes inmuebles
ICIO	Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras
IFOP	Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca
IIIMA	Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente
IIVT	Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos
IIVTNU	Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
IMAC	Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INJUVE	Instituto de la Juventud
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPC	Índice de precios al consumo
IRPF	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
IRYDA	Instituto para la reforma y desarrollo agrario
ITP	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales
IU	Izquierda Unida
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
IVTM	Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica
LAR	Ley de arrendamientos rústicos
LAU	Ley de arrendamientos urbanos
LAULA	Ley Andaluza de Autonomía Local
LCCSN	Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
LD	Ley del Deporte

LDMA	Ley de Demarcación Municipal de Andalucía
LDPJ	Ley de demarcación y planta judicial
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
LECrím	Ley de enjuiciamiento criminal
LET	Ley del estatuto de los trabajadores
LFCI	Ley del fondo de compensación interterritorial
LGICA	Ley de Gestión Integral de la Calidad Ambiental de Andalucía
LGP	Ley general presupuestaria
LGS	Ley general de sanidad
LGSS	Ley general de la Seguridad Social
LGT	Ley general tributaria
LHL	Ley de Haciendas Locales
LJCA	Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa
LMD	Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte
LOAPA	Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LODE	Ley Orgánica del derecho a la educación
LOFCA	Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOIEMH	Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LOPD	Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORAFNA	Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra
LPAP	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
LO	Ley Orgánica
LORCA	Ley de órganos rectores de las cajas de ahorro
LOREG	Ley Orgánica del régimen electoral general
LORTAD	Ley reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal

LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOU	Ley Orgánica de Universidades
LOUA	Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía
LPA	Ley de procedimiento administrativo
LPAut	Ley del proceso autonómico
LPL	Ley de procedimiento laboral
LPTC	Ley de Participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía
LRBRL	Ley reguladora de las bases de régimen local
LRFP	Ley de Reforma de la Función Pública
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRDV	Ley Reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía
LRU	Ley de Reforma Universitaria
LS	Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana
LSA	Ley de Salud de Andalucía
LSS	Ley de Servicios Sociales de Andalucía
LTA	Ley del Turismo de Andalucía
LVVA	Ley de declaración de voluntad vital anticipada
MAP	Ministerio para las Administraciones Públicas
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OCE	Oficina del Censo Electoral
OCM	Organización Común de Mercados
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONCE	Organización Nacional de Ciegos Españoles
ONU	Organización de Naciones Unidas
PA	Partido Andalucista
PCE	Partido Comunista de España
PIDCP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos
PIDESC	Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales
PNV	Partido Nacionalista Vasco



PORMIAN	Plan de Ordenación de los Recursos Mineros de Andalucía
PORN	Plan de ordenación de los recursos naturales
PP	Partido Popular
PROTEJA	Programa de transición al empleo de la Junta de Andalucía
PSA	Partido Socialista de Andalucía
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
PYME	Pequeña y mediana empresa
RAE	Real Academia Española
RAM	Reglamento de la Asamblea de Madrid
RBEL	Reglamento de bienes de las entidades locales
RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados
RCL	Repertorio cronológico de legislación
RD	Real Decreto
RENFE	Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles
REPER	Representación Permanente de España ante la Unión Europea
ROFEL	Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales
RPA	Reglamento del Parlamento de Andalucía
RPC	Reglamento del Parlamento de Canarias
RPG	Reglamento del Parlamento de Galicia
RPT	Relación de puestos de trabajo
RPV	Reglamento del Parlamento Vasco
RS	Reglamento del Senado
RTVA	Ente público Radio Televisión Andaluza
RTVE	Ente público Radio Televisión Española
SAAD	Sistema para la autonomía y atención de la dependencia
SAE	Servicio Andaluz de Empleo
SAS	Servicio Andaluz de Salud
SOVI	Seguro obligatorio de vejez e invalidez
SPEE	Servicio Público de Empleo Estatal
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEuratom	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UCD	Unión de Centro Democrático
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores

ESTATUTO DE AUTONOMÍA  
PARA ANDALUCÍA



**Preámbulo**

**Título Preliminar**

**Título I. Derechos Sociales,  
Deberes y Políticas Públicas**



## PREÁMBULO Y TÍTULO PRELIMINAR

### PRESENTACIÓN

JAVIER PÉREZ ROYO

Si aceptamos la distinción que hace la Constitución entre reforma y revisión para definir con la primera la reforma parcial y con la segunda la reforma total de la misma, tendríamos que convenir en que la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía ha sido una revisión y no una reforma, en la medida en que ha dado lugar a la sustitución del Estatuto originario por otro nuevo, como se ha subrayado en todas las reflexiones que se han hecho acerca del Estatuto reformado. Ha habido una voluntad expresa de dar un marco jurídico nuevo al ejercicio del derecho a la autonomía.

No es en el Preámbulo y en el Título Preliminar en donde mejor y con más intensidad se expresa esta voluntad novadora más que reformadora de la operación, pero también en ellos se pone de manifiesto. En el caso del primero porque se pasa de la inexistencia de Preámbulo en el Estatuto originario a la existencia de uno, no precisamente breve, en el Estatuto reformado. En el caso del segundo porque hay también cambios en casi todos los artículos del Título Preliminar.

### EL PREÁMBULO

La idea de que el Estatuto de Autonomía reformado contuviera un Preámbulo no fue acertada. En todo caso, no lo ha sido su ejecución, como explica sólidamente Agustín Ruiz Robledo en su comentario. Ni en su origen ni en su desarrollo el resultado es satisfactorio.

La razón de que así fuera es estrictamente política. El Estatuto de Autonomía originario hubiera podido tener un Preámbulo, creo que lo hubiera tenido, si el referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica del 28 de febrero de 1980 hubiera obtenido la mayoría absoluta del censo electoral de las ocho provincias y si, como consecuencia de ello, se hubiera procedido inmediatamente a la redacción del proyecto de Estatuto por parte de la Asamblea de parlamentarios elegidos en las primeras elecciones constitucionales de 1979. En ese momento, en la resaca de una ruptura inequívoca con el pasado, la traducción de la voluntad política manifestada por el cuerpo electoral de manera directa en el encabezamiento de la norma jurídica fundacional de la Comunidad Autónoma de Andalucía hubiera tenido mucho sentido.

Pero, como es sabido, el referéndum del 28 F de 1980 fue un éxito político pero no jurídico. El resultado fue lo suficientemente contundente como para que, políticamente, no se pudiera impedir que Andalucía accediera a la autonomía por la vía del art. 151 CE. Pero, jurídicamente, la no aprobación por la mayoría absoluta del censo electoral en la provincia de Almería impidió que el proceso estatuyente se pusiera en marcha de manera inmediata.

Andalucía inició su ejercicio del derecho a la autonomía de una manera diferenciada de las de todas las demás nacionalidades y regiones. No partía de la legitimidad democrática histórica de «los territorios que en el pasado habían plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de autonomía» (Disposición transitoria segunda CE), pero sí contaba en solitario con la legitimidad democrática presente del resultado del referéndum del 28 F de 1980. Políticamente no cabe duda de que el referéndum del 28 F fue el momento constituyente de la autonomía andaluza. Pero jurídicamente no lo fue o, al menos, no lo fue de manera inmediata y directa. Fue preciso un largo proceso de negociación política, que se aceleró tras el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 y que desembocó en los Pactos Autonómicos del verano de 1981, para que se pudiera encontrar una respuesta jurídicamente aceptable.

En el origen de la autonomía andaluza hay, pues, una síntesis de *ruptura* y de *transición*, por utilizar los términos con que se describían las alternativas de la sociedad española en el momento de la muerte del general Franco. Hubo ruptura, en la medida en que triunfó políticamente una rebelión, pacífica pero rebelión, contra el proyecto del Gobierno de la Nación de que Andalucía accediera a la autonomía por la vía del art. 143 CE. Hubo transición, en la medida en que dicha rebelión no pudo imponer su voluntad de manera inmediata y directa, sino que tuvo que encontrar acomodo en un proceso largo y convulso de negociación política, enmarcado en un proceso general de revisión de la interpretación del Título VIII de la Constitución.

Si hubiera habido ruptura exclusivamente, si la legitimidad política del resultado del 28 F de 1980 se hubiera podido traducir de manera inmediata en norma jurídica, no tengo la menor duda de que dicha legitimidad hubiera encontrado su expresión en el Preámbulo del Estatuto de Autonomía. Pero, como no fue así, se perdió la oportunidad de que tal cosa ocurriera. Los preámbulos tienen sentido cuando son expresión de un nuevo principio de legitimidad, que rompe con el pasado e inicia a partir de sí mismo una nueva fórmula de gobierno. Los preámbulos exigen una legitimidad constituyente originaria. No pueden ser el resultado de una legitimidad constituida. Los portadores de una legitimidad originaria pueden hacer preámbulos. Los administradores de una legitimidad constituida no pueden. Y cuanto más tiempo haya pasado entre el momento de la legitimidad originaria y el ejercicio de la legitimidad constituida, menos.

Si no fue posible hacer un Preámbulo en 1981-82, cuando el recuerdo del 28 F todavía no era recuerdo, sino que estaba vivo, porque el marco general de la negociación sobre la estructura del Estado en la resaca del 23 F no lo permitió, mucho menos se podía hacer en 2006. No hubiera sido posible encontrar nunca las palabras adecuadas para expresar lo que fue el momento estatuyente originario de la autonomía andaluza, por muy dotado literariamente que estuviera el redactor del texto. Hay cosas que se pueden hacer en un momento y únicamente en ese momento. Si no se pudo, mejor es no intentarlo, porque el resultado no puede ser el adecuado.

Es lo que le ha ocurrido al Preámbulo del Estatuto reformado, como muy bien explica el autor del comentario, citando a don Francisco de Quevedo. «Dios te libre, lector, de prólogos largos y de malos epítetos», escribió Quevedo en *El mundo por dentro*. «Lamentablemente, concluye Agustín Ruiz Robledo, se incumplieron las dos recomendaciones de Quevedo, de tal forma que el Preámbulo ni es un texto breve, ni usa buenos epítetos».



## EL TÍTULO PRELIMINAR

Dado el formato de estos comentarios, que exige el análisis de cada uno de los artículos que figuran en el texto del Estatuto de Autonomía reformado, no se deja constancia en ellos de un contenido importante de la operación de reforma que ha consistido en la supresión de tres artículos del Título Preliminar del Estatuto de Autonomía originario. A fin de que no se pierda la perspectiva global de la operación de reforma, es preciso hacer alguna mención de la misma.

En efecto, el Estatuto de Autonomía aprobado mediante la LO 6/1981, a diferencia de los demás, tanto de los aprobados por la vía del art. 151 como por los aprobados por la vía del art. 143 CE, incluyó en su Título Preliminar tres artículos en los que se contemplaban el municipio (art. 3), la provincia (art. 4) y se posibilitaba que mediante Ley del Parlamento andaluz se pudieran crear comarcas (art. 5). Ningún otro lo hizo, sino que todos incluyeron las referencias a estos entes territoriales en el título dedicado a la organización territorial de la comunidad autónoma. Esta opción es la que ha hecho suya también la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que traslada las referencias a estos entes a un nuevo título, el Título III, dedicado a la Organización Territorial de la Comunidad Autónoma.

Pero la reforma del Estatuto no se ha limitado a este cambio de ubicación, sino que ha introducido un cambio muy importante en lo que a las relaciones entre la Comunidad Autónoma y la provincia se refiere.

El encaje de la provincia en la nueva estructura del Estado una vez que las nacionalidades y regiones ejercieran el derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 de la Constitución fue uno de los temas que más preocupó en el momento de la inicial puesta en marcha de la Constitución. Respecto del encaje del municipio no había dudas, pero respecto de la provincia y de sus órganos de gobierno, las Diputaciones Provinciales, sí.

Fue uno de los temas a los que más importancia prestó el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, presidida por García de Enterría. En dicho informe se sostenía con carácter general que las «Diputaciones provinciales deben sostener el peso principal de la acción pública en el marco de cada Comunidad autónoma» (pág. 66) y se recomendaba que a través de los Estatutos de Autonomía se contemplara la delegación de competencias a las Diputaciones y que se «atribuyera a las Diputaciones Provinciales la gestión ordinaria, en el territorio de la provincia, de los servicios propios de la Administración autónoma» (pág. 67).

Las recomendaciones de dicho informe fueron seguidas por los protagonistas de los Pactos Autonómicos de 1981, con base en los cuales se procedió a la construcción del Estado autonómico.

El primer Estatuto que se aprobó como consecuencia de dichos pactos fue el Estatuto de Andalucía y en él, más que en ningún otro, se siguió la recomendación que se contenía en el Informe de la Comisión de Expertos sobre «La Posición de las Diputaciones Provinciales». De ahí que en el art. 4, al regular el lugar de la provincia, se estableciera con carácter general la posibilidad de la delegación del ejercicio de

competencias por parte de la Comunidad Autónoma [art. 4.3.a)] y se dispusiera que «la Comunidad Autónoma articulará la gestión ordinaria de sus servicios periféricos propios a través de las Diputaciones Provinciales» [art. 4.3.b)].

Tanto en los Pactos Autonómicos como en el desarrollo de los mismos a través de la Ley del Proceso Autonómico y los Estatutos de Autonomía se partía de un diseño inicial que pretendía reducir el alcance político del ejercicio del derecho a la autonomía y privilegiar la vertiente administrativa del mismo, sin advertirse que, una vez que se pone en marcha un nuevo principio de legitimación democrática, éste tiene un recorrido que, por su propia naturaleza, resulta imparabile.

Cada principio de legitimación democrática directa exige inexcusablemente no sólo unos instrumentos de expresión política, Parlamento y Gobierno, sino además una Administración Pública dirigida por ellos. De la misma manera que las comunidades autónomas tienen una voluntad propia distinta de la voluntad del Estado y su Administración no puede convertirse en Administración periférica del Estado, los municipios tienen una voluntad propia distinta de la de las comunidades autónomas y las provincias, en cuanto «agrupación de municipios» (art. 141.1 CE), y no pueden convertirse en la Administración periférica de las comunidades.

El diseño de la articulación territorial interna del Estatuto originario era contradictorio con el principio de legitimidad democrática del poder y, en consecuencia, era imposible que se pudiera imponer en la práctica. La Comunidad Autónoma lo advirtió enseguida y, como consecuencia de ello, los artículos que expresaban dicha articulación territorial interna han sido letra muerta. Formalmente formaban parte del Estatuto, pero materialmente no intervenían en la definición de la fórmula de gobierno prevista en el mismo.

En realidad, dicho diseño de articulación territorial interna no es más que expresión de las inseguridades en que se movía la sociedad española en el momento en que se inició la transición del Estado unitario y centralista a un Estado políticamente descentralizado. La sociedad española sabía lo que no quería, pero no sabía qué es lo que quería. Esto ya se advirtió en el proceso constituyente y de ahí las ambigüedades del texto constitucional y se volvió a confirmar en los procesos estatuyentes, en los que se incurrió en inconsecuencias como ésta a la que me estoy refiriendo.

Transcurridas más de dos décadas de ejercicio del derecho a la autonomía, es obvio que esas inconsecuencias tenían que desaparecer. Es lo que efectivamente ha ocurrido. Ha desaparecido *de iure* lo que había desaparecido *de facto*. Pero había que hacerlo.

En los restantes artículos del Título Preliminar se ha procedido a una auténtica reforma, es decir, a adaptar el texto de los artículos a los cambios que se han producido en la sociedad andaluza, española y europea desde la entrada en vigor del Estatuto.

La primera adaptación que hay que reseñar es la que expresa el lenguaje del Estatuto. Se trata de la presencia en la redacción del texto de la mujer en condiciones de igualdad con el varón. Se regula la condición de andaluz o de andaluza (art. 5) o a los andaluces y andaluzas en el exterior (art. 6). La voluntad del constituyente por suprimir

esta discriminación se hace sentir desde el primer momento, pues también figura en el Preámbulo.

El orden de los artículos que se conservan se mantiene. De los doce artículos del título originario se pasa a once en el título reformado. La supresión de los tres artículos a la que nos hemos referido queda parcialmente compensada por el desdoblamiento del art. 8 en los arts. 5 y 6 y por la adición de un art. 11 sobre promoción de los valores democráticos y ciudadanos.

Pero no solamente se mantiene el orden, sino que se mantiene también el contenido de los artículos, aunque con algunas variantes. Con la excepción del art. 2, en el que hay coincidencia plena entre el originario y el reformado, en todos los demás cambia algo.

El cambio más importante, sin duda, es la definición de Andalucía como «nacionalidad histórica» en el art. 1, dejando atrás la ambigüedad con que se expresaba el Estatuto originario. La equiparación con las nacionalidades ya se había producido al acceder a la autonomía por la vía del art. 151 CE, ya que, como de la dicción de la Disposición transitoria segunda se deduce, el ejercicio de la iniciativa autonómica en los términos previstos en el art. 151.1 CE es lo que equipara a la región que ejerce dicha iniciativa con las nacionalidades. Pero esto no se pudo decir en 1982 por las circunstancias del momento a las que ya hemos aludido antes y había que decirlo ahora.

Los demás cambios tienen mucha menos entidad. Se pueden clasificar en varios grupos desde la perspectiva de la razón de ser de la innovación:

A través de algunos cambios se pretende elevar a rango estatutario decisiones que se habían tomado prácticamente desde el momento inicial de ejercicio del derecho a la autonomía. Es lo que ocurre con el art. 3, mediante el que se regulan los símbolos: escudo, himno y día de Andalucía, añadiéndose simplemente que el régimen jurídico de su protección será el mismo que el de los símbolos del Estado. Y también en el art. 4, en el que se definen la capitalidad y las sedes de las instituciones de la Comunidad, haciendo suya el Estatuto la decisión de que Sevilla fuera la capital de Andalucía y la sede del Parlamento y del Consejo de Gobierno y Granada la del Tribunal Superior de Justicia.

Mediante otros se toma nota en el Estatuto de circunstancias nuevas que no pueden dejar de ser relevantes para el ejercicio del derecho a la autonomía. Destaca entre ellas la presencia de la Unión Europea, que se incorpora al Estado como marco dentro del cual tiene que moverse la Comunidad Autónoma (art. 1.4); o la referencia a la población extranjera residente en Andalucía al regularse la condición de andaluz o andaluza, subrayándose de esta manera el tránsito de la emigración a la inmigración como elemento novedoso en la organización de nuestra convivencia (art. 5); o la remisión no solamente a la Constitución sino también a normas internacionales al mencionar los derechos fundamentales de los andaluces (art. 9).

Hay otra serie de cambios en los que se pretende mejorar técnicamente la redacción del precepto originario. Así, en el art. 1.2 se sustituye la aspiración a hacer realidad los principios de libertad, igualdad y justicia por la fórmula más asertiva de que

el Estatuto «propugna como valores superiores la libertad...»; en el art. 6 se contempla de una manera más comprensiva el lugar de los andaluces y andaluzas en el exterior, delimitándose con más precisión los instrumentos mediante los que la Comunidad Autónoma puede hacer más efectiva la relación con su tierra de origen; en el art. 7 se reproduce el precepto relativo a la eficacia territorial de las normas autonómicas, pero se añade un inciso en el que se incorpora la interpretación por la Justicia Constitucional del alcance de dicha eficacia territorial; y en el art. 8 se suprime la limitación de que el derecho propio de Andalucía se extienda únicamente el creado en el ejercicio de competencias exclusivas.

Por último, en el art. 10, al revisarse los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma que figuraban en el art. 12 del Estatuto originario, se producen multitud de cambios, a través de los cuales se deja constancia de la diferencia entre el mundo de 1982 y el de 2006. Sustancialmente los objetivos son los mismos. Pero la forma de calificarlos y los instrumentos para perseguirlos son distintos. Hacen acto de presencia conceptos e instrumentos nuevos como la democracia paritaria (10.2), la seguridad y salud laboral así como la conciliación de la vida familiar y laboral (10.3.1), la sostenibilidad, el impulso del conocimiento y el capital humano (10.3.5), la emigración únicamente desde la perspectiva del retorno (10.3.6), la gestión del agua (10.3.7), la cohesión territorial, solidaridad y convergencia en el interior de la Comunidad (10.3.8), la convergencia con el resto del Estado y de la Unión Europea (10.3.9), las vías de alta capacidad y la red ferroviaria de alta velocidad (10.3.10), el desarrollo industrial mediante la innovación, investigación, iniciativa emprendedora, suficiencia energética y evaluación de la calidad (10.3.11), la sociedad del conocimiento (10.3.12), la inversión de los términos en que se hace referencia a la reforma agraria que deja de ser un objetivo en sí mismo para convertirse en el marco de una política para la modernización, la planificación y el desarrollo integral del medio rural en conexión con la política agraria comunitaria (10.3.13), la cohesión social (10.3.14), la dependencia (10.3.15), los discapacitados (10.3.16), la atención a la inmigración (10.3.17), el pluralismo y los medios de comunicación (10.3.18), la democracia participativa (10.3.19), la concertación social (10.3.20), la integración de las minorías con mención especial a los gitanos (10.3.21), fomento de la paz y diálogo entre los pueblos (10.3.22), cooperación internacional (10.3.23) y conocimiento y difusión de la historia de la lucha del pueblo andaluz por sus derechos (10.3.24).

A estos cambios hay que añadir la incorporación de un nuevo art. 11 dedicado a la promoción de los valores democráticos y ciudadanos, mediante el que se pretende incentivar el desarrollo de una cultura constitucional, que haga más sólida y profunda una convivencia auténticamente democrática. En este contexto se encomienda a los poderes públicos la adopción de medidas de pedagogía constitucional y estatutaria, entroncando en cierta medida con lo que fue ya voluntad de los constituyentes de Cádiz.

Como puede verse, las reformas que se han producido en el Título Preliminar son numerosas. Reflejan, en consecuencia, esa voluntad de hacer más que una reforma un Estatuto nuevo, a la que hice referencia al comienzo. Pero no afectan a lo fundamental del contenido del título. Hay una gran continuidad entre el texto del Estatuto originario y el del Estatuto reformado, en lo que al Título Preliminar se refiere.

Ahora bien, el que exista continuidad entre ambos no quiere decir que el Título Preliminar de 1982 sea el mismo que el de 2006. Formalmente es el mismo, pero materialmente no lo es. Entre uno y otro hay más de dos décadas de ejercicio real y efectivo del derecho a la autonomía y, en consecuencia, el texto de 1982 no era nada más que texto y el de 2006 es el texto más todo lo que ha sido la práctica política y jurídica que se ha desarrollado a partir del mismo.

Esto es lo que han sabido interpretar con gran acierto los autores de los comentarios de los distintos artículos. No se hace solamente un análisis de los artículos tal como aparecen en el Estatuto reformado, sino que incorporan a la interpretación un análisis de lo que ha sido la acción de los poderes públicos en el ejercicio del derecho a la autonomía desde la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía originario, así como también un examen de la aportación de la jurisprudencia constitucional y de la de la comunidad científica desde esa fecha. Hay una pretensión de exhaustividad en estos comentarios, de tal manera que no hay prácticamente nada de lo que se haya hecho o escrito sobre el ejercicio del derecho a la autonomía que no se tome en consideración por cada uno de los autores.

Los comentarios actualizan por tanto el conocimiento que se ha ido generando durante casi los treinta años de vida de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el marco de las más de tres décadas de vida de la Constitución y sin perder de vista lo que ha sido el ejercicio del derecho a la autonomía por las demás nacionalidades y regiones.

El derecho a la autonomía del Estatuto originario era una abstracción. En el momento de su elaboración no se disponía de ninguna experiencia práctica en el ejercicio de tal derecho más allá de la experiencia catalana de la segunda república. Los conocimientos con base en los cuales se procedió a la construcción de la autonomía andaluza eran conocimiento teóricos procedentes del estudio del derecho comparado.

Por esta razón, el Estatuto de 1982 partía de cero y era en el momento de su elaboración casi nada más que un texto escrito, que abría la puerta al ejercicio de un derecho a la autonomía sin que se supiera muy bien lo que tal derecho iba a dar de sí. El Estatuto de 2006 es distinto. La reforma se hace no simplemente intuyendo en qué va a consistir el ejercicio del derecho a la autonomía, sino sabiendo en qué consiste. El derecho a la autonomía que se regula en 1982 es el mismo que el de 2006, pero no lo es al mismo tiempo. El texto del Estatuto de Autonomía reformado no es sólo un texto escrito, sino que el texto incorpora tanto la experiencia propia como la ajena en el ejercicio del derecho a la autonomía así como la experiencia de las relaciones entre las distintas comunidades autónomas y el Estado.

El lector que se adentre en estos comentarios lo comprobará de manera inmediata. Tanto el punto de partida como el punto de llegada del Estatuto reformado son de una complejidad muy superior a los del Estatuto originario. Ésta es la razón por la que una obra como ésta ha podido ser concebida de la forma en que lo ha sido y está pudiendo ser ejecutada con la riqueza con que lo está siendo. En nuestra literatura académica no ha habido nada similar.



# PREÁMBULO





**LEY ORGÁNICA 2/2007, DE 19 DE MARZO, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA**

JUAN CARLOS I  
REY DE ESPAÑA

*A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica.*

**PREÁMBULO**

*Andalucía, a lo largo de su historia, ha forjado una robusta y sólida identidad que le confiere un carácter singular como pueblo, asentado desde épocas milenarias en un ámbito geográfico diferenciado, espacio de encuentro y de diálogo entre civilizaciones diversas. Nuestro valioso patrimonio social y cultural es parte esencial de España, en la que andaluces y andaluzas nos reconocemos, compartiendo un mismo proyecto basado en los valores de justicia, libertad y seguridad, consagrados en la Constitución de 1978, baluarte de los derechos y libertades de todos los pueblos de España.*

*Andalucía ha compilado un rico acervo cultural por la confluencia de una multiplicidad de pueblos y de civilizaciones, dando sobrado ejemplo de mestizaje humano a través de los siglos.*

*La interculturalidad de prácticas, hábitos y modos de vida se ha expresado a lo largo del tiempo sobre una unidad de fondo que acrisola una pluralidad histórica, y se manifiesta en un patrimonio cultural tangible e intangible, dinámico y cambiante, popular y culto, único entre las culturas del mundo.*

*Esta síntesis perfila una personalidad andaluza construida sobre valores universales, nunca excluyentes. Y es que Andalucía, asentada en el sur de la península ibérica, es un territorio de gran diversidad paisajística, con importantes cadenas montañosas y con gran parte de su territorio articulado en torno y a lo largo del río Guadalquivir, que abierta al Mediterráneo y al Atlántico por una dilatada fachada marítima, constituye un nexo de unión entre Europa y el continente africano. Un espacio de frontera que ha facilitado contactos y diálogos entre norte y sur, entre los arcos mediterráneo y atlántico, y donde se ha configurado como hecho diferencial un sistema urbano medido en clave humana.*

*Estos rasgos, entre otros, no son sólo sedimentos de la tradición, sino que constituyen una vía de expansión de la cultura andaluza en España y el mundo y una aportación contemporánea a las culturas globales. El pueblo andaluz es heredero, por tanto, de un vasto cimiento de civilización que Andalucía puede y debe aportar a la sociedad contemporánea, sobre la base de los principios irrenunciables de igualdad, democracia y convivencia pacífica y justa.*

*El ingente esfuerzo y sacrificio de innumerables generaciones de andaluces y andaluzas a lo largo de los tiempos se ha visto recompensado en la reciente etapa democrática, que es cuando Andalucía expresa con más firmeza su identidad como pueblo a través de la lucha por la autonomía plena. En los últimos 25 años,*

*Andalucía ha vivido el proceso de cambio más intenso de nuestra historia y se ha acercado al ideal de Andalucía libre y solidaria por la que luchara incansablemente Blas Infante, a quien el Parlamento de Andalucía, en un acto de justicia histórica, reconoce como Padre de la Patria Andaluza en abril de 1983.*

*Ese ideal autonomista hunde sus raíces en nuestra historia contemporánea. El primer texto que plasma la voluntad política de que Andalucía se constituya como entidad política con capacidad de autogobierno es la Constitución Federal Andaluza, redactada en Antequera en 1883. En la Asamblea de Ronda de 1918 fueron aprobados la bandera y el escudo andaluces.*

*Durante la II República el movimiento autonomista cobra un nuevo impulso. En 1933 las Juntas Liberalistas de Andalucía aprueban el himno andaluz, se forma en Sevilla la Pro-Junta Regional Andaluza y se proyecta un Estatuto. Tres años más tarde, la Guerra Civil rompe el camino de la autonomía al imposibilitar la tramitación parlamentaria de un Estatuto ya en ciernes.*

*Esta vocación de las Juntas Liberalistas lideradas por Blas Infante por la consecución del autogobierno, por alcanzar una Andalucía libre y solidaria en el marco de la unidad de los pueblos de España, por reivindicar el derecho a la autonomía y la posibilidad de decidir su futuro, emergió años más tarde con más fuerza y respaldo popular.*

*Las manifestaciones multitudinarias del 4 de diciembre de 1977 y el referéndum de 28 de febrero de 1980 expresaron la voluntad del pueblo andaluz de situarse en la vanguardia de las aspiraciones de autogobierno de máximo nivel en el conjunto de los pueblos de España. Desde Andalucía se dio un ejemplo extraordinario de unidad a la hora de expresar una voluntad inequívoca por la autonomía plena frente a los que no aceptaban que fuéramos una nacionalidad en el mismo plano que las que se acogían al artículo 151 de la Constitución.*

*Andalucía ha sido la única Comunidad que ha tenido una fuente de legitimidad específica en su vía de acceso a la autonomía, expresada en las urnas mediante referéndum, lo que le otorga una identidad propia y una posición incontestable en la configuración territorial del Estado.*

*El Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna. En 1978 los andaluces dieron un amplio respaldo al consenso constitucional. Hoy, la Constitución, en su artículo 2, reconoce a Andalucía como una nacionalidad en el marco de la unidad indisoluble de la nación española.*

*Todo este caudal de esfuerzos, del que el Estatuto de Autonomía ratificado por los andaluces y andaluzas el 20 de octubre de 1981 ha sido herramienta fundamental, nos permite hoy abordar la construcción de un nuevo proyecto que ponga en valor y aproveche todas las potencialidades actuales de Andalucía.*

*Hoy, los argumentos que construyen la convivencia de los andaluces y andaluzas y los anhelos de éstos nacen de un nuevo proyecto histórico que debe permitirnos afrontar con garantías los retos de un tiempo nuevo, definido por los profundos cambios geopolíticos, económicos, culturales y tecnológicos ocurridos en el mundo y por la posición de España en el contexto internacional. Si durante el último cuarto de siglo se han producido transformaciones intensas en el mundo, estos cambios han sido particularmente acentuados en Andalucía, donde en ese periodo hemos pasado del subdesarrollo económico y cultural a un panorama similar al de las*

*sociedades más avanzadas, como ejemplifica la inversión de nuestros flujos migratorios.*

*Después de casi tres décadas de ejemplar funcionamiento, resulta evidente que el Estado de las Autonomías implantado por la Constitución de 1978 ha producido en estos años un rápido y eficaz proceso de descentralización. Ahora bien, transcurrida esta fructífera etapa de experiencia autonómica se hacen necesarias reformas que modernicen el modelo territorial.*

*Reformas para profundizar el autogobierno, extrayendo todas las posibilidades descentralizadoras que ofrece la Constitución para aproximar la Administración a la ciudadanía. Reformas que al mismo tiempo desarrollen y perfeccionen los mecanismos de cohesión territorial, solidaridad y cooperación institucional. Se trata, pues, de un proceso de modernización del Estado de las Autonomías que sólo es posible desde una visión global y plural de España que Andalucía siempre ha tenido.*

*Hoy, como ayer, partimos de un principio básico, el que planteó Andalucía hace 25 años y que mantiene plenamente su vigencia: Igualdad no significa uniformidad. En España existen singularidades y hechos diferenciales. Andalucía los respeta y reconoce sin duda alguna. Pero, con la misma rotundidad, no puede consentir que esas diferencias sirvan como excusas para alcanzar determinados privilegios. Andalucía respeta y respetará la diversidad pero no permitirá la desigualdad ya que la propia Constitución Española se encarga de señalar en su artículo 139.1 que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.*

*El grado de desarrollo económico, social y cultural de Andalucía ha sido posible gracias al Estatuto de Autonomía. Un texto que ha favorecido la convivencia armónica, el desarrollo político, social y económico de esta tierra y la recuperación de la autoestima de un pueblo que hoy tiene voz propia en el Estado de las Autonomías, tal y como establece la Constitución Española de 1978.*

*Se trata, en definitiva, de conseguir un Estatuto para el siglo XXI, un instrumento jurídico que impulse el bienestar, la igualdad y la justicia social, dentro del marco de cohesión y solidaridad que establece la Constitución.*

*Por ello, y como expresión de su voluntad colectiva representada políticamente a través del Parlamento, el pueblo andaluz ratifica el presente Estatuto de Autonomía de Andalucía, como renovación del compromiso manifestado el 28-F de 1980.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20894], sin preámbulo)**

## 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21056]).

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

*Tras más de veinticinco años de funcionamiento, resulta evidente que el Estado de las Autonomías implantado por la Constitución de 1978 ha funcionado correctamente, de manera que se ha producido en estos años un rápido y eficaz proceso de descentralización. Ahora bien, transcurridas dos décadas largas de experiencia autonómica se hacen necesarias reformas que modernicen el Estado Autonómico.*

*Reformas para profundizar el autogobierno, extrayendo todas las posibilidades descentralizadoras que ofrece la Constitución para aproximar la Administración a la ciudadanía. Reformas que al mismo tiempo desarrollen y perfeccionen los mecanismos de cohesión territorial, solidaridad y cooperación institucional. Se trata, pues, de un proceso de modernización del Estado de las Autonomías que sólo es posible desde una visión global de España que Andalucía siempre ha tenido.*

*Hoy, como ayer, partimos de un principio básico, el que planteó Andalucía hace 25 años que mantiene plenamente su vigencia: no puede haber, en ningún momento, privilegios de unos sobre otros. Igualdad no significa uniformidad. En España existen singularidades y hechos diferenciales. Andalucía los respeta y reconoce sin duda alguna. Pero, con la misma rotundidad, no puede consentir que esas diferencias sirvan como excusas para alcanzar determinados privilegios. Andalucía respeta y respetará la diversidad pero no permitirá la desigualdad.*

*Los últimos 25 años han constituido, sin duda alguna, el periodo de mayor desarrollo económico, social y cultural de la historia de Andalucía. En buena medida, esto ha sido posible gracias al Estatuto de Autonomía para Andalucía. Por eso, la mejor garantía de su permanencia, de su contribución en el futuro al bienestar y el progreso del pueblo andaluz, es su reforma. Así lo entendieron las cuatro formaciones políticas con representación parlamentaria, por lo que el Pleno del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada los días 29 y 30 de junio de 2004, acuerda crear la Ponencia de Reforma del Estatuto de Autonomía.*

*El 24 de septiembre la Ponencia inicia sus trabajos elaborando una declaración conjunta que a continuación se recoge:*

*«Hoy se inicia un proceso histórico para Andalucía. Se pone en marcha la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, un texto que ha hecho posible la convivencia armónica, el desarrollo político, social y económico de esta tierra y la recuperación de la autoestima de un pueblo que hoy tiene voz propia en el Estado de las Autonomías, tal y como establece la Constitución Española de 1978».*

*Como hace más de dos décadas, iniciamos una tarea ilusionante con un nuevo Estatuto para el siglo XXI, un instrumento jurídico que debe impulsar el bienestar, la igualdad y la justicia social, dentro del marco de cohesión y solidaridad que establece la Constitución.*

*Afirmamos la centralidad del Parlamento de Andalucía para la importante tarea que se nos ha encomendado. El propio Estatuto confiere a esta Cámara autonómica esta prerrogativa. Los poderes de la Comunidad Autónoma emanan de la Constitución y del pueblo andaluz. Y éste, soberana y democráticamente, elige a sus representantes para que defiendan los intereses generales de Andalucía.*

*El proceso de modernización y actualización de nuestra carta magna autonómica ha de estar orientado por la utilidad para la ciudadanía y para seguir profundizando en un horizonte de bienestar y nuevos derechos. Para ello consideramos como guía de los*

*trabajos la participación de la sociedad civil. Organizaciones representativas de todos los campos y personalidades relevantes de nuestra historia reciente tienen mucho que aportar para conseguir un Estatuto que dé respuesta a las demandas del pueblo andaluz y a los nuevos retos que nos impone la evolución de la sociedad andaluza. Por ello, hacemos un llamamiento a la participación ciudadana, a una movilización cívica, responsable y comprometida con el futuro de nuestra tierra.*

*Los trabajos de esta Ponencia arrancan con voluntad de consenso. Tenemos que conseguir el máximo respaldo de todos para acometer con éxito esta tarea extraordinaria. El diálogo y la búsqueda del acuerdo deben posibilitar un nuevo Estatuto que dé satisfacción a las expectativas que la ciudadanía ha depositado en este Parlamento de Andalucía.*

*Consciente de la importancia de que la sociedad andaluza tuviera protagonismo desde el principio del proceso de reforma que se iniciaba, acordó que la participación de la sociedad andaluza fuera amplia y plural. A lo largo de tres meses, comparecieron ante la Cámara decenas de organizaciones ciudadanas, económicas y sociales de todo tipo, exponiendo sus puntos de vista sobre la reforma, sus demandas y sus necesidades. En todas sus intervenciones latía la voluntad de que la reforma sea ambiciosa en el autogobierno y útil para la ciudadanía.*

*A finales de abril de 2005, los Grupos parlamentarios presentaron en el Registro de la Cámara sus propuestas de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. A partir de esos textos, y durante sesiones de dos meses, se alcanzó un texto en el que, distribuidos por materias, se contienen, de una parte, los acuerdos alcanzados por todos los Grupos parlamentarios en cada una de ellas y, de otra, las observaciones y propuestas que tales Grupos mantienen al objeto de continuar, en su caso, profundizando en la búsqueda de acuerdos que conduzcan a la elaboración de un texto articulado.*

*Este texto fue elevado a la Comisión de Desarrollo Estatutario, quien lo conoció en sesión celebrada el 23 de junio de 2005. En dicha sesión se acordó continuar con los trabajos de la Ponencia, tomando como punto de partida este informe, para lo cual la Mesa de la Cámara, en sesión celebrada el 29 de junio de 2005, habilitó el mes de julio. La Comisión expresó su voluntad de que en esta nueva fase de los trabajos se culminara la elaboración de un texto articulado de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.*

*El resultado de estas sesiones ha sido la redacción de un texto articulado de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado por la mayoría de la Ponencia en aplicación del criterio de voto ponderado y al que se adjuntan las observaciones y votos particulares que al mismo mantienen los diferentes Grupos parlamentarios, que fue elevado a la Comisión de Desarrollo Estatutario el pasado 30 de enero. La citada Comisión aprobó el dictamen correspondiente el día 2 de este mes.*

*El texto de la presente proposición de ley reproduce fielmente el articulado del mencionado dictamen, que representa una reforma de gran calado y alcance de nuestra actual norma estatutaria. No sólo se pasa de 75 a 222 artículos, y de siete a once títulos, sino que se introducen elementos que perfilan un nuevo impulso al autogobierno de la Comunidad Autónoma, especialmente por el tratamiento tipológico de las competencias que se recogen en el Título II.*

*Otra de las novedades significativas del texto es el nuevo Título I, de Derechos Sociales, Deberes y Políticas Públicas, que configura un elenco que pretende dar respuesta a nuevas demandas y realidades sociales, como la dependencia, la inmigración, las nuevas tecnologías, la lengua de signos o la renta básica, por citar tan sólo algunas. Igualmente nuevo es el Título III, de Organización Territorial, que garantiza un núcleo competencial propio a los Ayuntamientos, así como una mayor precisión de las relaciones y articulación de las Corporaciones locales con la Comunidad Autónoma, y con las entidades supramunicipales, como las Diputaciones, las comarcas, las mancomunidades, las áreas metropolitanas y los consorcios. Nuevos son,*

asimismo, los Títulos VII y VIII, dedicados a Medio Ambiente y Medios de Comunicación, respectivamente.

Se pretende con ellos dar respuesta a la potente presencia en la sociedad andaluza de una y otra temática, reconociendo el papel transversal que la sostenibilidad y la comunicación ocupan en las políticas públicas de la Comunidad Autónoma.

Por último, se introduce un nuevo capítulo sobre empleo en el Título VI, desde una perspectiva integral y activa, y se amplía sustancialmente el Título IX, de Relaciones Externas, abordando por primera vez las relaciones de Andalucía en el seno de la Unión Europea, así como la creación de la Comisión Bilateral para los asuntos específicos de las relaciones entre la Junta de Andalucía y la Administración General del Estado, sin perjuicio de los órganos multilaterales correspondientes.

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23648]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23899]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24255]).

### **PREÁMBULO**

*Andalucía, a lo largo de su historia, ha forjado una robusta y sólida identidad que le confiere un carácter singular como pueblo, asentado desde épocas milenarias en un ámbito geográfico diferenciado, espacio de encuentro y de diálogo entre civilizaciones diversas. Nuestro valioso patrimonio social y cultural es parte esencial de España, en la que andaluces y andaluzas nos reconocemos, compartiendo un mismo proyecto basado en los valores de justicia, libertad y seguridad, consagrados en la Constitución de 1978, baluarte de los derechos y libertades de todos los pueblos de España.*

*Andalucía ha compilado un rico acervo cultural por la confluencia de una multiplicidad de pueblos y de civilizaciones, dando sobrado ejemplo de mestizaje humano a través de los siglos. La interculturalidad de prácticas, hábitos y modos de vida se ha expresado a lo largo del tiempo sobre una unidad de fondo que acrisola una pluralidad histórica, y se manifiesta en un patrimonio cultural tangible e intangible, dinámico y cambiante, popular y culto, único entre las culturas del mundo.*

*Esta síntesis perfila una personalidad andaluza construida sobre valores universales, nunca excluyentes. Y es que Andalucía se asienta en un territorio que, vertebrado en torno y a lo largo del río Guadalquivir, constituye un nexo de unión entre Europa y el continente africano. Un espacio de frontera que ha facilitado contactos y diálogos entre norte y sur, entre los arcos mediterráneo y atlántico, y donde se ha configurado como hecho diferencial un sistema urbano medido en clave humana.*

*Estos rasgos, entre otros, no son sólo sedimentos de la tradición, sino que constituyen una vía de expansión de la cultura andaluza en España y el mundo y una aportación contemporánea a las culturas globales. El pueblo andaluz es heredero, por tanto, de un vasto cimiento de civilización que Andalucía puede y debe aportar a la sociedad contemporánea, sobre la base de los principios irrenunciables de igualdad, democracia y convivencia pacífica y justa.*

*El ingente esfuerzo y sacrificio de innumerables generaciones de andaluces y andaluzas a lo largo de los tiempos se ha visto recompensado en la reciente etapa democrática, que es cuando Andalucía expresa con más firmeza su identidad como pueblo a través de la lucha por la autonomía plena. En los últimos 25 años, Andalucía ha vivido el proceso de cambio más intenso de nuestra historia y se ha acercado al ideal de*

*Andalucía libre y solidaria por la que luchara incansablemente Blas Infante, a quien el Parlamento de Andalucía, en un acto de justicia histórica, reconoce como Padre de la Patria Andaluza en abril de 1985.*

*Ese ideal autonomista hunde sus raíces en nuestra historia contemporánea. El primer texto que plasma la voluntad política de que Andalucía se constituya como entidad política con capacidad de autogobierno es la Constitución Federal Andaluza, redactada en Antequera en 1883. En la Asamblea de Ronda de 1918 fueron aprobados la bandera y el escudo andaluces.*

*Durante la II República el movimiento autonomista cobra un nuevo impulso. En 1933 las Juntas Liberalistas de Andalucía aprueban el himno andaluz, se forma en Sevilla la Pro-Junta Regional Andaluza y se proyecta un Estatuto. Tres años más tarde, la Guerra Civil rompe el camino de la autonomía al imposibilitar la tramitación parlamentaria de un Estatuto ya en ciernes.*

*Esta vocación de las Juntas Liberalistas lideradas por Blas Infante por la consecución del autogobierno, por alcanzar una Andalucía libre y solidaria en el marco de la unidad de los pueblos de España, por reivindicar el derecho a la autonomía y la posibilidad de decidir su futuro, emergió años más tarde con más fuerza y respaldo popular.*

*Las manifestaciones multitudinarias del 4 de diciembre de 1977 y el referéndum de 28 de febrero de 1980 expresaron la voluntad del pueblo andaluz de situarse en la vanguardia de las aspiraciones de autogobierno de máximo nivel en el conjunto de los pueblos de España. Desde Andalucía se dio un ejemplo extraordinario de unidad a la hora de expresar una voluntad inequívoca por la autonomía plena frente a los que no aceptaban que fuéramos una nacionalidad en el mismo plano que las que se acogían al artículo 151 de la Constitución.*

*Andalucía ha sido la única Comunidad que ha tenido una fuente de legitimidad expresada en las urnas mediante referéndum, lo que le otorga una identidad propia y una posición incontestable en el seno de la configuración territorial del Estado. Así, la Constitución Española, en su artículo 2, reconoce la realidad nacional de Andalucía como una nacionalidad.*

*Todo este caudal de esfuerzos, del que el Estatuto de Autonomía ratificado por los andaluces el 20 de octubre de 1981 ha sido herramienta fundamental, nos permite hoy abordar la construcción de un nuevo proyecto que ponga en valor y aproveche todas las potencialidades actuales de Andalucía.*

*Hoy, los argumentos que construyen la convivencia de los andaluces y los anhelos de éstos nacen de un nuevo proyecto histórico que debe permitirnos afrontar con garantías los retos de un tiempo nuevo, definido por los profundos cambios geopolíticos, económicos, culturales y tecnológicos ocurridos en el mundo y por la posición de España en el contexto internacional. Si durante el último cuarto de siglo se han producido transformaciones intensas en el mundo, estos cambios han sido particularmente acentuados en Andalucía, donde en ese periodo hemos pasado del subdesarrollo económico y cultural a un panorama similar al de las sociedades más avanzadas, como ejemplifica la inversión de nuestros flujos migratorios.*

*Después de casi tres décadas de ejemplar funcionamiento, resulta evidente que el Estado de las Autonomías implantado por la Constitución de 1978 ha producido en estos años un rápido y eficaz proceso de descentralización. Ahora bien, transcurrida esta fructífera etapa de experiencia autonómica se hacen necesarias reformas que modernicen el modelo territorial.*

*Reformas para profundizar el autogobierno, extrayendo todas las posibilidades descentralizadoras que ofrece la Constitución para aproximar la Administración a la ciudadanía. Reformas que al mismo tiempo desarrollen y perfeccionen los mecanismos de cohesión territorial, solidaridad y cooperación institucional. Se trata, pues, de un*

*proceso de modernización del Estado de las Autonomías que sólo es posible desde una visión global y plural de España que Andalucía siempre ha tenido.*

*Hoy, como ayer, partimos de un principio básico, el que planteó Andalucía hace 25 años y que mantiene plenamente su vigencia: Igualdad no significa uniformidad. En España existen singularidades y hechos diferenciales. Andalucía los respeta y reconoce sin duda alguna. Pero, con la misma rotundidad, no puede consentir que esas diferencias sirvan como excusas para alcanzar determinados privilegios. Andalucía respeta y respetará la diversidad pero no permitirá la desigualdad.*

*El grado de desarrollo económico, social y cultural de Andalucía ha sido posible gracias al Estatuto de Autonomía. Un texto que ha favorecido la convivencia armónica, el desarrollo político, social y económico de esta tierra y la recuperación de la autoestima de un pueblo que hoy tiene voz propia en el Estado de las Autonomías, tal y como establece la Constitución Española de 1978.*

*Se trata, en definitiva, de conseguir un Estatuto para el siglo XXI, un instrumento jurídico que impulse el bienestar, la igualdad y la justicia social, dentro del marco de cohesión y solidaridad que establece la Constitución.*

*Por ello, y como expresión de su voluntad colectiva representada políticamente a través del Parlamento, el pueblo andaluz ratifica el presente Estatuto de Autonomía de Andalucía, como renovación del compromiso manifestado el 28-F de 1980.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

*a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1, pág. 3).*

*b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 193]).*

*c) Dictamen de la Comisión Constitucional (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 251]).*

*d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 303]; corrección de error BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).*

### **2. Senado**

*a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (BOCG. Senado núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 90]; sin modificaciones).*

*b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (BOCG. Senado núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).*



c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

No existen directamente en el Estatuto de 1981 ya que no tenía Preámbulo. El Pleno del Parlamento de Andalucía, en su sesión celebrada los días 13 y 14 de abril de 1983, decidió que en todas las publicaciones oficiales del Estatuto se incluyera previamente el siguiente texto:

La Historia ha reconocido la figura de Blas Infante como padre de la patria andaluza e ilustre precursor de la lucha por la consecución del autogobierno que hoy representa el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Blas Infante, con las Juntas Liberalistas que él creara, se coloca en la vanguardia del andalucismo al luchar incansablemente por recuperar la identidad del pueblo andaluz; por conseguir una Andalucía libre y solidaria en el marco irrenunciable de la unidad de los pueblos de España; por reivindicar el derecho de todos los andaluces a la autonomía y a la posibilidad de decidir su futuro.

El Estatuto de Autonomía se ha logrado gracias a la aportación inestimable del pueblo andaluz que, en conjunto, ha desempeñado su protagonismo indiscutible en la recuperación de su identidad.

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (Preámbulo); Cantabria (Preámbulo); Murcia (Preámbulo); Comunidad Valenciana (Preámbulo); Aragón (Preámbulo); Comunidad Foral de Navarra (Preámbulo); Baleares (Preámbulo); Castilla y León (Preámbulo).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

[s/c].

## **E. JURISPRUDENCIA**

STC 36/1981, FJ 7.º  
STC 12/1982, FJ 4.º  
STC 32/1983, FJ 2.º  
STC 28/1984, FJ 2.º  
STC 150/1990, FJ 2.º  
STC 212/1996, FJ 5.º  
STC 173/1998, FJ 4.º  
STC 222/2006, FJ 8.º  
STC 31/2010, FJ 7.º

**F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

AGUDO ZAMORA, Miguel (Dir.): *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: Contexto e inicio*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2005.

—: *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: la proposición parlamentaria*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2006.

GARCÍA RUIZ, José Luis: «Preámbulo», en TEROL BECERRA, M. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 41-53.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Constitución de la República Española de 1931*, Reus, Madrid, 1932.

RUIZ ROBLEDÓ, Agustín: *La elaboración del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía en sus documentos*, Centro de Publicaciones no Oficiales del Parlamento de Andalucía/Comares, Granada, 2007.

—: «El proyecto autonomista andaluz antes del franquismo», en MOLINA ARROYO, J. (Coord.): *1982. Andalucía consigue su Parlamento*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2010, págs. 35-37.

RUIZ ROMERO, Manuel: «Las incorrecciones históricas de un Estatuto reformado», en *El País*, 26 de mayo de 2006.

TAJADURA TEJADA, Javier: *El preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997.

—: «Concepto y valor de los preámbulos de las leyes», en *La Ley: Revista jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 3 (2006), págs. 1886-1889.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: «Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33 (1991), págs. 47-64.

**COMENTARIO**

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN DIACRÍTICA DE LOS PREÁMBULOS ESTATUTARIOS. B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO. C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL PREÁMBULO. D. SOBRE EL VALOR JURÍDICO DEL PREÁMBULO.

**A. INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN DIACRÍTICA DE LOS PREÁMBULOS ESTATUTARIOS**

- 1 «Dios te libre, lector, de prólogos largos y de malos epítetos». Los autores de las constituciones españolas parece que tuvieron muy presente la advertencia que don Francisco de Quevedo lanzó en *El mundo por dentro*, de tal forma que se limitaron a breves preámbulos, no por ello poco expresivos de su orientación ideológica: los buenos epítetos nos hacen comprender lo revolucionaria que era la Constitución de Cádiz («Cortes generales y extraordinarias»), el conservadurismo de la de 1845 («Doña Isabel II

en unión y acuerdo con las Cortes»), etcétera<sup>1</sup>. Con toda seguridad, y menos literariamente, nuestros constituyentes históricos también tuvieron en cuenta la brevedad de la mayoría de los preámbulos de las constituciones extranjeras, sobre todo el famoso y muy logrado, política y estéticamente, Preámbulo de la Constitución americana de 1787: «We the people of the United States in Order to form a more perfect Union [...]». La Constitución de 1978 se mantuvo en esta línea de brevedad y solemne claridad, aunque quizás el rosario de infinitivos que lo pueblan le reste fuerza literaria.

En el nivel legislativo, la práctica histórica española era la de la publicación de las leyes sin ningún tipo de preámbulo o exposición de motivos, con algunas sonadas excepciones, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y el Código de Comercio de 1885, que se explican mucho más por ser decretos que utilizan una delegación legislativa que por la voluntad de explicar el contenido de la norma. Por eso, los estatutos de autonomía de la Segunda República, que las Cortes aprobaron como leyes, carecieron de preámbulo a pesar de la voluntad inicial de sus proponentes. El Estatuto vasco de 1979 mantuvo esta ausencia, mientras que el catalán del mismo año se separó de esos precedentes y prefirió un preámbulo explicativo de su autonomía, con frases cargadas de solemnidad que, sin duda, resaltaban la importancia simbólica del texto estatutario y pretendían situarlo más en un plano cuasi constitucional que en el de la legalidad ordinaria. Si en el franquismo se hubiera mantenido la tradición de publicar las leyes sin exposición de motivos, se hubiera apreciado claramente lo que podríamos llamar la función diacrítica del Preámbulo catalán: aunque se aprobara como ley orgánica, era un texto normativo cualitativamente distinto. Sin embargo, el franquismo impuso desde sus primeros momentos la costumbre de publicar las leyes con exposición de motivos, costumbre que ha pasado incólume a la democracia, a pesar de las buenas razones que hay para suprimirlos y volver a la tradición histórica y a lo que es habitual en nuestro entorno cultural (SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 1991, pág. 47 y ss; en contra, TAJADURA TEJEDA, J., 1997, pág. 14 y ss). Aun así, el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 supone marcar de una forma especial ese texto: ninguna de las diecisiete leyes orgánicas que se aprobaron entre 1979 y 1980 llevó preámbulo, y de las setenta y nueve leyes ordinarias sólo dos llevaron exposición de motivos. Evidentemente, a esta función se le deben añadir todas las demás que ha estudiado la doctrina para los preámbulos de los textos constitucionales, que, *pari passu*, son trasladables a las normas institucionales básicas de las comunidades autónomas y que, un tanto libremente, se pueden resumir en tres: justificación de las decisiones políticas fundamentales que se adoptan en el texto, factor de legitimación e integración política y canon de interpretación jurídica del articulado.

Por nuestra parte, el Estatuto andaluz de 1981 se apartó en este punto del Estatuto catalán y siguió la línea clásica, de tal forma que, como el vasco y el gallego, se aprobó sin ningún preámbulo. Pero enseguida las fuerzas políticas andaluzas notaron que «la norma institucional básica» de la Comunidad debería llevar un preámbulo. Por eso, el primer Parlamento andaluz decidió en abril de 1983 que se introdujera en todas

<sup>1</sup> La Constitución de 1931 es una curiosa excepción en este punto, con un Preámbulo, más que breve, lacónico: «España, en uso de su soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución». La explicación de JIMÉNEZ DE ASÚA (1932, pág. 43) es muy reveladora del espíritu con el que se redactó este texto: «Las irracionales prisas no nos permitieron escribir un preámbulo que explicara el Proyecto de la Comisión [...]».

las publicaciones oficiales del Estatuto un texto a modo de preámbulo, si bien su contenido –que se ha reproducido íntegramente en los precedentes del apartado Documentación– parece más pensado para honrar a Blas Infante y demostrar que la lucha por la autonomía de Andalucía no era algo nuevo en los años de la Transición, que para explicar los fundamentos políticos del Estatuto. Lógicamente, en el momento de pensar la reforma del Estatuto no hubo ninguna duda sobre la conveniencia de ponerle un preámbulo, aunque por sí solo poca función diacrítica podría realizar, pues tanto los preámbulos como las exposiciones de motivos son contenido cotidiano de todo tipo de leyes, tanto orgánicas como ordinarias. Así, si he usado bien el buscador del Boletín Oficial del Estado, desde la aprobación de la Constitución hasta el 1 de noviembre de 2010, nada menos que 272 leyes estatales llevaron preámbulo, y 739, exposición de motivos<sup>2</sup>.

## B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO

- 4 Siguiendo los precedentes del primer Estatuto de 1981, la elaboración del nuevo proyecto de Estatuto se inició en sede parlamentaria al modo clásico de los textos constitucionales: mediante una ponencia parlamentaria. Esta Ponencia fue elegida en junio de 2004, al poco de constituirse la séptima legislatura; si bien los impulsos reformistas traían causa de la legislatura anterior, aunque no son relevantes para este comentario<sup>3</sup>. El 21 de junio de 2005 se presentó el primer informe de la Ponencia, redactado después de escuchar a una muy amplia lista de comparecientes y de estudiar las propuestas de los distintos partidos. En él se señala que se había producido un acuerdo sobre el Preámbulo y se lista un amplio número de asuntos que deberían incluirse en él. De esa forma, se diseña un contenido del Preámbulo ajeno a la tradición de concisión que hemos visto en el constitucionalismo español y en el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, aunque no estaba muy distante del extenso Preámbulo que en esos momentos se tramitaba en el Parlamento catalán para el nuevo Estatuto de Cataluña. Éste es el texto que proponía la Ponencia andaluza, sin ninguna fisura entre sus miembros:

---

<sup>2</sup> El art. 88 CE exige que el Gobierno envíe al Congreso los proyectos de ley con exposición de motivos, mientras que el art. 114.2 del Reglamento del Congreso ordena que las enmiendas que se hubieren presentado en relación con la Exposición de motivos se discutirán al final del articulado «si la Comisión acordare incorporar dicha Exposición como Preámbulo de la Ley», de donde podríamos deducir que las leyes se publican en España con o sin preámbulo, según decidan las Cortes, pero no con exposición de motivos, que es, como los antecedentes, parte de la información que el Gobierno suministra a las Cortes para justificar su iniciativa legislativa. Pero ya hemos visto que, lejos de ser así, hay más leyes con exposición que con preámbulo. Otra posibilidad de distinción es considerar que un preámbulo trata de justificar políticamente el texto normativo de la ley, mientras que una exposición explica su estructura y las principales decisiones, de ahí la mayor extensión de las exposiciones y que los preámbulos se reserven para los textos normativos de contenido más importante. Sin embargo, en la práctica nos encontramos con que no siempre se hace así, de tal forma que leyes que por su trascendencia podría uno pensar que llevarían un preámbulo tienen exposición (como, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la Ratificación por España del Tratado de Lisboa), y textos introductorios muy prolijos y explicativos no se califican de exposición, sino de preámbulo (por ejemplo, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un Sistema Específico de Protección por Cese de Actividad de los Trabajadores Autónomos).

<sup>3</sup> Véase, sobre estos precedentes, AGUDO ZAMORA, M., 2005, pág. 16 y ss. Mi opinión, en RUIZ ROBLEDO, A., 2007, pág. XXVII y ss.

En relación con este punto y tras una puesta en común de las aportaciones formuladas por los diferentes Grupos, se aprecia una amplia coincidencia en la necesidad misma del Preámbulo que habrá de ser de mayor extensión y contenido del que en su día se incorporó al Estatuto actualmente vigente.

El Preámbulo debe significar una exposición de los principios en que se sustenta Andalucía como realidad histórica con identidad propia y su voluntad de constituirse en Comunidad Autónoma para el ejercicio del autogobierno. En este sentido el Preámbulo ha de contener las ideas fundamentales capaces de ser desarrolladas en un texto amplio y de alto valor literario y político. Tales ideas en esencia son las siguientes:

1. Andalucía como realidad histórica cuyas raíces se remontan a un pasado lejano con suficiente identidad para ser reconocible aun por encima de las coyunturas políticas concretas.
2. Estrechamente vinculada a esta idea sobre la permanencia histórica de nuestra Comunidad, ha de anudarse una referencia sobre su función civilizadora en relación con los diferentes pueblos que la han habitado y de donde es posible derivar los valores de tolerancia y convivencia.
3. Sin solución de continuidad con lo anterior, el Preámbulo ha de referirse igualmente a los movimientos sociales y populares de lucha por la libertad habidos en nuestro territorio con especial mención al denominado andalucismo histórico.
4. En este contexto ha de incluirse el reconocimiento de la figura de Blas Infante como padre de la patria andaluza.
5. En referencia a un momento histórico más cercano, el Preámbulo debe hacer mención expresa al proceso de acceso a la autonomía en el marco de la conquista de la libertad conjuntamente con la Constitución Española de 1978.
6. Han de señalarse las fechas determinantes del proceso de acceso a la autonomía y muy particularmente el 4 de diciembre de 1977, que conmemora la movilización espontánea de los andaluces en la conquista de su autonomía, y el 28 de febrero de 1980, fecha del referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica.
7. El Preámbulo ha de efectuar con brevedad una valoración de lo que para Andalucía han supuesto los años de autogobierno en la mejora de las condiciones de vida y progreso de sus ciudadanos así como del afianzamiento de los valores democráticos.
8. Junto a esta valoración del más inmediato pasado, el Preámbulo debe proyectar a Andalucía hacia el futuro en la consecución de nuevos logros tanto en los ámbitos materiales como sociales y políticos.
9. Finalmente ha de subrayarse la pertenencia de Andalucía al proyecto de la Unión Europea así como de su posición geográfica, que la sitúa como nexo de unión con los países del Magreb y del continente africano en general.

A pesar de este acuerdo (que tanto faltó en otros muchos puntos), el informe definitivo de la Ponencia, presentado el 30 de enero de 2006, no incluía ningún preámbulo, quizás porque los ponentes se concentraron en el texto articulado y dejaron para un momento posterior redactar –bien ellos mismos, bien alguna personalidad con buena pluma– un preámbulo con el «alto valor literario» que demandaban en su primer informe. Sea como fuere, lo cierto es que el dictamen de la Comisión de 2 de febrero de 2006, que siguió a ese informe, tampoco tenía preámbulo, ausencia que arrastró la proposición de reforma del Estatuto que presentaron el Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida el 6 de febrero, pues se limitó a recoger el dictamen, aunque

sí que añadió una amplia Exposición de motivos, algunos de cuyos párrafos serían luego rescatados para redactar el Preámbulo. Por esta ausencia, no es extraño que en un momento en que los preámbulos se habían convertido en lo sólito de los estatutos y de otras muchas normas, el informe del Consejo Consultivo de marzo de 2006 sobre esa proposición llamara la atención sobre su ausencia y aconsejara su redacción, pues

el Preámbulo es un texto preliminar de naturaleza expositiva, habitual y propio de cualquier documento constituyente o estatuyente, y su contenido suele estar conformado por la declaración principal y solemne de las señas de identidad colectiva que lo presiden, los hitos históricos que jalonan el hecho constituyente o estatuyente, los elementos simbólicos y programáticos del mismo y, en su caso, las figuras individuales o colectivas, que significativamente lo hubiesen protagonizado<sup>4</sup>.

- 6 La recomendación del Consejo Consultivo cayó en terreno ya muy abonado, como hemos visto por el texto del primer informe de la Ponencia estatuyente, de tal forma que, en marzo de 2006, los cuatro partidos con representación parlamentaria presentaron enmiendas para crear este Preámbulo<sup>5</sup>, retomando cada uno a su manera el texto del primer informe y añadiéndole nuevos elementos que lo hacían en todos los casos más largo (casi kilométrico en el caso del Partido Andalucista), y en las enmiendas del Partido Andalucista e Izquierda Unida con unas referencias a Andalucía como «nación» que se alejaban del acuerdo de abril de 2005. Con más circunloquio, el Partido Socialista defendió una redacción parecida en el párrafo octavo de su enmienda sobre el Preámbulo: «la Constitución española, en su artículo 2.º, reconoce la realidad nacional de Andalucía como una nacionalidad»<sup>6</sup>, que pasó tal cual al párrafo décimo de la enmienda transaccional que propuso la Ponencia estatutaria en su informe de 17 de abril de 2006. Sin embargo, este nuevo texto no fue apoyado ni por el Partido Popular ni por el Partido Andalucista, que mantuvieron en la Comisión íntegramente sus enmiendas, ni por Izquierda Unida, que consideró que el nuevo texto era «un paso muy importante,

<sup>4</sup> Dictamen 72/2006 del Consejo Consultivo sobre la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, pág. 29. El esmerado informe del Consejo Consultivo no cita ningún ejemplo concreto de ese tipo de preámbulo tan exhaustivo, que desde luego es ajeno a la tradición constitucional española. Quizás el texto que le inspiró ese amplio contenido de los preámbulos fuera la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que en los primeros meses del año 2006 se estaba tramitando en el Congreso, o el primer informe de la Ponencia andaluza, si bien, sorprendentemente, el Consultivo no hace ninguna referencia a este texto.

<sup>5</sup> Enmiendas 5 (PA), 296 (PSOE), 430 (IU) y 566 (PP) publicadas en el *BOPA* núm. 409, de 31 de marzo de 2006, pág. 23067 y ss. Consulto estas enmiendas, igual que el dictamen del Consejo Consultivo y, en general, todos los documentos relativos al *iter legis* del Estatuto, en RUIZ ROBLEDO, A., 2007.

<sup>6</sup> El texto lo había propuesto el profesor y exministro Manuel Clavero Arévalo en su comparecencia ante la Comisión de Desarrollo Estatutario del 6 de marzo de 2006. Llama la atención que la propuesta de Clavero estaba directamente motivada por la voluntad de mantener una situación de igualdad entre Andalucía y Cataluña, cuyo Preámbulo se aprobó precisamente ese día en el Congreso de los Diputados: «Y yo digo que aquí se puede producir una verdadera asimetría si Andalucía no aparece con una fórmula más o menos semejante como la que yo he dicho antes» (*DSPA-Comisión de Desarrollo Estatutario* núm. 14/VII Legislatura, de 6 de marzo de 2006, pág. 81). Por esta misma razón, la *fórmula Clavero* fue defendida con ardor en el debate de la Comisión por el portavoz socialista, Manuel Gracia Navarro: «nosotros hemos entendido que la fórmula propuesta por el profesor Clavero Arévalo era un forma de hacer que se respete lo conquistado el 28 de febrero de 1980; es decir, el que formamos parte del club de las comunidades autónomas que están en cabeza del pelotón de las 17 comunidades [...] que nos asegure a las andaluzas y los andaluces que no va a haber, como no lo hubo a partir de aquel 28 de febrero, ningún agravio, ninguna discriminación contra Andalucía» (*DSPA-Comisión de Desarrollo Estatutario* núm. 239/VII Legislatura, de 20 de abril de 2006, pág. 7793).

aunque insuficiente», por lo que mantuvo parcialmente su texto para que se incluyera tanto que «Andalucía era una nación» como la «construcción nacional de Andalucía» (*DSPA-Comisión de Desarrollo Estatutario* núm. 239/VII Legislatura, de 20 de abril de 2006, pág. 7790). Donde en abril de 2005 hubo unanimidad sobre el contenido que habría que darle al Preámbulo, en abril de 2006 hubo cuatro posturas sobre el texto concreto. Sin duda, el diablo está en los detalles.

La Comisión de Desarrollo Estatutario debatió el informe de la Ponencia el 20 de abril de 2006, y ese mismo día dio por concluido su dictamen, que contó con los votos favorables del Partido Socialista e Izquierda Unida (11 en total) y los contrarios del Partido Popular y el Partido Andalucista (9). Al nuevo texto se incorporaron pocas enmiendas y, a lo que a nosotros interesa ahora, se mantuvo íntegramente el texto del Preámbulo. Por eso, para su debate en el Pleno del Parlamento, el Partido Popular y el Andalucista mantuvieron íntegramente sus enmiendas al Preámbulo, e Izquierda Unida mantuvo sólo su parte final (*BOPA* núm. 427, de 28 de abril de 2006, pág. 24145 y ss). En el debate en el plenario, el Partido Socialista presentó una enmienda transaccional al Preámbulo para incluir que «la propia Constitución española se encarga de señalar, en su artículo 139.1 que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio Estatal» (*DSPA* 81/VII Legislatura, de 2 de mayo de 2000, pág. 5325). Enmienda que como afectaba a un aspecto muy parcial y dejaba incólume la definición de Andalucía no fue aceptada ni por el Partido Andalucista ni por Izquierda Unida, que exigían que se catalogara sin ambages a Andalucía como nación. Tampoco la aceptó el Partido Popular, que tachaba el término de inconstitucional y defendía «nacionalidad histórica». En la votación final, las tres enmiendas fueron derrotadas y se aprobó el texto del Dictamen, que contó con los votos favorables no sólo del Partido Socialista, sino también de Izquierda Unida, mientras que el Partido Andalucista y el Popular –por razones opuestas– votaban en contra (67 votos a favor, 41 en contra, ninguna abstención). Idéntica fractura, por tanto, que la que se produjo a la hora de votar el Estatuto en su conjunto.

Como es sabido, en el Congreso de los Diputados fue posible un acuerdo entre el Partido Popular y el Partido Socialista, sin que por ello Izquierda Unida retirara su apoyo al Estatuto. En lo que afecta a nuestro Preámbulo, supuso algunos retoques para perfilar mejor el texto. Así se incluyó la referencia al art. 139.1 CE, que realizaba la enmienda transaccional socialista en el Pleno del Parlamento de Andalucía y, frente a la inexacta afirmación de que Andalucía es un territorio vertebrado «en torno y a lo largo del Guadalquivir», se precisa:

es un territorio de gran diversidad paisajística, con importantes cadenas montañosas y con gran parte de su territorio articulado en torno y a lo largo del río Guadalquivir, que abierta al Mediterráneo y al Atlántico por una dilatada fachada marítima [...].

Pero el cambio más relevante desde el punto de vista político atañe a la *fórmula Clavero*, que, tras no pocas dificultades –no fue posible el acuerdo en la Ponencia–, se suprimió en la Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía, si bien se sustituyó por un nuevo párrafo, sobre cuya coherencia interna es mejor que guardemos un piadoso silencio, pues a veces el consenso desemboca en textos con no demasiada lógica:

El Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente a través del proceso de

autogobierno recogido en nuestra Carta Magna. En 1978 los andaluces dieron un amplio respaldo al consenso constitucional. Hoy, la Constitución, en su artículo 2, reconoce a Andalucía como una nacionalidad en el marco de la unidad indisoluble de la nación española.

- 10 El Partido Andalucista fue el único que mantuvo su voto en contra, que llevó hasta el extremo de votar en contra de todo el Estatuto, pero ésa ya es otra historia.

### C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL PREÁMBULO

- 11 Si aceptamos –dada su autoridad– como elementos típicos de los preámbulos el contenido que detallaba el dictamen del Consejo Consultivo, tenemos que afirmar que el Preámbulo del Estatuto de Andalucía de 2007 responde fielmente a ese canon: a lo largo de sus diecinueve párrafos se exponen las señas de identidad colectiva, los hitos históricos que jalonan el hecho estatuyente, los elementos simbólicos y programáticos, sin olvidar las figuras «individuales o colectivas» de relevancia. Así, en el Preámbulo se informa del carácter singular del pueblo andaluz, portador de valores universales; se detalla la situación geográfica de Andalucía y su papel de lugar de encuentro de culturas diversas; se cuenta el esfuerzo de generaciones de andaluces para conseguir la autonomía, resaltando el papel de Blas Infante y afirmando que el referéndum del 28-F convierte a Andalucía en la única Comunidad que tiene una legitimidad específica; en fin, se expone el propósito del nuevo Estatuto, que no es otro que modernizar los instrumentos de autogobierno que tiene Andalucía en el Estado autonómico, para así impulsar el bienestar, la igualdad y la justicia social.
- 12 Pero para llegar a este resultado, el Preámbulo ha necesitado 1.344 palabras (más del doble que el catalán –645–); ha caído en algunas mistificaciones quizás excesivas, como la de considerar que el pueblo andaluz está asentado en un ámbito geográfico diferenciado desde épocas milenarias, o cuando afirma que en 1936 había «un Estatuto ya en ciernes» que no pudo tramitarse en las Cortes por el estallido de la Guerra Civil, cuando en realidad ni siquiera existía un texto que los ayuntamientos pudieran aprobar para dar así el primer paso del complicado proceso autonómico de la República; ha cometido imprecisiones dolorosas para los especialistas, como cuando, en lugar de hablar de la Junta Liberalista de Andalucía, usa el plural «Juntas Liberalistas», o cuando narra que en 1933 se creó en Sevilla una Pro-Junta Regional Andaluza, que posiblemente confunde con la «Junta Regional», que se creó en 1936 para impulsar la autonomía<sup>7</sup>. Y lo más criticable: ha utilizado un lenguaje que, lejos de conseguir el «alto valor literario» que pretendía, lo más generoso que se puede decir de él es –con GARCÍA RUIZ– que se trata de un «estilo lírico-histórico» (GARCÍA RUIZ, J. J., 2009, pág. 52) que hace su lectura verdaderamente fatigosa, con frases antológicas como «la interculturalidad de prácticas, hábitos y modos de vida se ha expresado a lo largo del tiempo sobre una unidad de fondo que acrisola una pluralidad histórica, y se manifiesta en un patrimonio cultural tangible e intangible, dinámico y cambiante, popular y culto, único entre las culturas del mundo»<sup>8</sup>. Lamentablemente, se incumplieron las dos

<sup>7</sup> Véase RUIZ ROMERO, M., 2006. Mi opinión, en RUIZ ROBLEDO, A., 2010, pág. 36.

<sup>8</sup> Precisamente este texto es la base de los duros artículos contra el Preámbulo que escribieron en la prensa diaria Arcadi Espada («La diversidad», en *El Mundo*, 2 de mayo de 2006) y Rafael Sánchez Ferlosio («Andaluzia», en *El País*, 19 de mayo de 2006). Este último llega a afirmar que el Preámbulo



recomendaciones de Quevedo, de tal forma que el Preámbulo ni es un texto breve, ni usa buenos epítetos.

#### D. SOBRE EL VALOR JURÍDICO DEL PREÁMBULO

El valor jurídico de los preámbulos y exposiciones de motivos en la tradición jurídica española –que en este punto no se remonta más allá de los años cuarenta del pasado siglo, como ya se ha explicado más arriba– era el de orientar a los operadores jurídicos sobre el sentido del texto articulado. Por tanto, una función interpretativa y no directamente normativa (TAJADURA TEJADA, J., 1997, pág. 7 y ss). Doctrina que el Tribunal Constitucional ha aplicado en diversas ocasiones. Así, en su STC 12/1982, utiliza el Preámbulo del Estatuto de la Radiotelevisión Española para interpretar el art. 1 de esa ley (FJ 4.º); en la 32/1983 interpreta el art. 5 del Real Decreto 2824/1981 utilizando su Preámbulo (FJ 2.º); en la STC 28/1984 utiliza el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra, para reforzar su conclusión de que se trata de un Estatuto de Autonomía (FJ 2.º), etcétera. En fin, el propio Tribunal Constitucional sintetizó en su STC 222/2006 toda su jurisprudencia sobre el valor jurídico de los preámbulos:

Para determinar si el Lehendakari, el Vicepresidente, los Consejeros y los altos cargos y asimilados de la Administración vasca han sido incluidos en el precepto reproducido que, como hemos dicho, marca el ámbito objetivo de la congelación retributiva, deberemos apreciar cuál ha sido la finalidad de la Ley básica, es decir, la finalidad buscada por el legislador y examinar a continuación las medidas previstas por el mismo para alcanzar tal finalidad. Para ello atenderemos a lo expresado por el preámbulo de la Ley básica, pues, sin duda, «los preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes» (STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7.º; en igual sentido STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2, entre otras) [...]. Por ello, no siendo posible extraer del preámbulo unas conclusiones claras y precisas, habremos de atenernos a la interpretación que se desprenda estrictamente del contenido del precepto básico, contenido que habrá de resultar determinante de acuerdo con nuestra doctrina, pues «como ha reiterado este Tribunal ni las rúbricas de los títulos de las leyes ni los preámbulos tiene valor normativo (por todas, STC 36/1981, FJ 7.º), por lo que lo establecido en ellos no puede prevalecer sobre el articulado de la Ley» (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 4.º; también, STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5.º).

Si en 2006 había una jurisprudencia consolidada sobre el valor jurídico de los preámbulos, no había precedentes expresos sobre la posibilidad de juzgar la adecuación de un preámbulo a la Constitución, pues desde 1981 hasta 2006 nunca se había impugnado directamente un preámbulo ante el Constitucional, aunque éste había hecho algunas referencias a la imposibilidad de recurrir autónomamente un preámbulo legal. Por eso, cuando el 31 de julio de 2006 el Partido Popular recurrió en su recurso contra el Estatuto de Cataluña tres párrafos de su Preámbulo, inmediatamente surgió la polémica sobre si estos textos podían ser objeto de control de constitucionalidad o no. Lógicamente, el recurso de inconstitucionalidad defendía esa tesis, apoyándose en que los preámbulos forman parte del texto normativo y que tienen valor vinculante como

---

«No sólo es "monstruoso" como pieza de literatura jurídica en sí misma, sino también por la tremenda inmoralidad que comporta el haberlo aprobado en calidad de documento público, para tirárselo a la cara a sus destinatarios, que se supone que son los andaluces».

canon hermenéutico, y además, expresan una voluntad del legislador que puede ser contraria a la Carta Magna. Por el contrario, el Parlamento catalán, la Generalitat y el abogado del Estado hicieron recopilación de jurisprudencia constitucional para defender que, al no tener valor normativo, no pueden ser objeto de recurso. Muy especialmente se apoyaron en la afirmación de la STC 36/1981: «en la medida que el preámbulo no tiene valor normativo, consideramos que no es necesario, ni incluso resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa» (FJ 7.º). Doctrina luego reiterada, entre otras, en las SSTC 132/1989 [FJ 11.º a)], 150/1990 (FJ 2.º) y 116/1999 (FJ 2.º).

- 15 La decisión del Constitucional en su STC 31/2010 es bien conocida: mantiene su doctrina tradicional sobre los preámbulos, de tal forma que «no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad», pero agrega que

carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa. De hecho, en la propia STC 36/1981 hicimos una declaración expresa sobre el valor interpretativo del preámbulo entonces examinado, bien que proclamándola en la fundamentación jurídica y sin llevarla formalmente al fallo (FJ 7.º).

- 16 Por eso, analiza los tres párrafos impugnados del Preámbulo catalán, al paso que diversos artículos impugnados, para preguntarse si esos párrafos del Preámbulo pueden originar interpretaciones inconstitucionales. Y como en dos casos llega a la conclusión afirmativa, ordena en el fallo que «Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a "Cataluña como nación" y a "la realidad nacional de Cataluña"». No es éste lugar para discutir la corrección de esa doctrina, criticada ya en las dos direcciones en los votos particulares, varios de ellos considerando que habría que haber comenzado por analizar directamente el Preámbulo y declarar expresamente su inconstitucionalidad, y otro manteniendo que no habría que haber incluido en el fallo ninguna referencia al Preámbulo, limitando las precisiones que fuera preciso hacer a los fundamentos jurídicos.

- 17 A los efectos de este comentario, me parece que es más que suficiente señalar que, a juzgar por toda esta doctrina constitucional sobre los preámbulos, no debemos extrañarnos que la STC 30/2011, que declara inconstitucional el art. 51 del Estatuto sobre las competencias de la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir, no haya dejado sin valor interpretativo por conexión el inciso relativo a este río en el Preámbulo, por mucho que la referencia a que gran parte del territorio andaluz está articulado en torno y a lo largo del Guadalquivir hubiera tenido el objetivo de justificar la asunción de competencias hidráulicas que luego realizaba el articulado.

# TÍTULO PRELIMINAR



## Artículo 1. Andalucía

*1. Andalucía, como nacionalidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que reconoce la Constitución, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco de la unidad de la Nación española y conforme al artículo 2 de la Constitución.*

*2. El Estatuto de Autonomía propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político para todos los andaluces, en un marco de igualdad y solidaridad con las demás comunidades autónomas de España.*

*3. Los poderes de la Comunidad Autónoma de Andalucía emanan de la Constitución y del pueblo andaluz, en los términos del presente Estatuto de Autonomía, que es su norma institucional básica.*

*4. La Unión Europea es ámbito de referencia de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20900])**

#### **2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21056]).

#### *Artículo 1. Andalucía*

*1. Andalucía, como expresión de su identidad y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad histórica, se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de la unidad indisoluble de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles.*

*2. El Estatuto de Autonomía aspira a hacer realidad los principios de libertad, igualdad, y justicia para todos los andaluces, en un marco de igualdad y solidaridad con las demás comunidades autónomas de España, así como a promover y garantizar el respeto al pluralismo social y político.*

*3. Los poderes de la Comunidad Autónoma emanan del pueblo andaluz y de la Constitución en los términos del presente Estatuto, que es su norma institucional básica.*

*4. España y la Unión Europea son marco de referencia y de actuación de los poderes de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23648]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23899]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006 pág. 24254 [pág. 24255]).

### **Artículo 1. Andalucía**

1. *Andalucía, como nacionalidad histórica, se constituye en Comunidad Autónoma, conforme al artículo 2 de la Constitución española.*

2. *El Estatuto de Autonomía propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político para todos los andaluces, en un marco de igualdad y solidaridad con las demás comunidades autónomas de España.*

3. *Los poderes de la Comunidad Autónoma de Andalucía emanan de la Constitución y del pueblo andaluz, en los términos del presente Estatuto de Autonomía, que es su norma institucional básica.*

4. *La Unión Europea es ámbito de referencia y de actuación de los poderes de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 3]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [págs. 193-194, 199]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 251]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 303]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 90]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

### ***Artículo 1***

1. *Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de la unidad indisoluble de la nación española, patria común indivisible de todos los españoles.*

2. *El Estatuto de Autonomía aspira a hacer realidad los principios de libertad, igualdad y justicia para todos los andaluces, en el marco de igualdad y solidaridad con las demás nacionalidades y regiones de España.*

3. *Los poderes de la Comunidad Autónoma emanan de la Constitución y del pueblo andaluz en los términos del presente Estatuto.*

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

País Vasco (art. 1); Cataluña (arts. 1, 2.4 y 3.2 ); Galicia (art. 1); Principado de Asturias (art. 1); Cantabria (art. 1); La Rioja (art. 1); Murcia (arts. 1 y 2); Comunidad Valenciana (art. 1); Aragón (art. 1); Castilla-La Mancha (art. 1.1 y 4); Canarias (art. 1); Comunidad Foral de Navarra (arts. 1 y 2.2); Extremadura (art. 1); Baleares (art. 1); Madrid (art. 1.1 y 3); Castilla y León (art. 1).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

[s/c].

## **E. JURISPRUDENCIA**

STC 4/1981, FF.JJ. 2.º y 3.º

STC 236/1991, FJ 9.º

STC 119/1992, FJ 2.º

STC 103/2008, FJ 4.º

STC 31/2010, FF.JJ. 7.º-13.º y 118.º-128.º

## **F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: «Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, núms. 27-28 (1988), págs. 97-112.

—: «Constitución y ciudadanía en perspectiva europea», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, vol. II*, Cortes Generales, Madrid, 2009, págs. 1923-1933.

CARMONA CONTRERAS, Ana M.<sup>a</sup>, y PALERMO, Francesco: «Tendencias regionalizadoras en la Unión Europea: una realidad asimétrica», en CARMONA CONTRERAS, A. M.<sup>a</sup> (Ed.): *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 67-91.

CHIEFFI, Lorenzo: «La participación de las autonomías regionales en la elaboración de las decisiones comunitarias: De la gestión de fondos estructurales a la reciente reforma introducida por el Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 9 (2008), págs. 175-215.

CORCUERA ATIENZA, Javier: «La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el decimoquinto aniversario de la Constitución», *Documentación Administrativa*, núms. 232-233 (1992-1993), págs. 13-31.

CORTÉS MARTÍN, José Manuel: «El Tratado de Lisboa y las regiones», *Revista de Estudios Regionales*, núm. 86 (2009), págs. 261-279.

DEL REAL ALCALÁ, José Alberto: «"Nacionalidad histórica" y "realidad nacional": La cuestión de la definición de Andalucía en el Estatuto de Autonomía de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81 (2008), págs. 295-392.

—: «Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "Nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 11 (2002), págs. 223-250.

FREIXES SANJUÁN, Teresa y Remotti Carbonell, Juan Carlos: «Los valores y principios en la interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (1992), págs. 97-109.

GARRORENA MORALES, Ángel: «Valores superiores y principios constitucionales», en *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, vol. I*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 26-41.

GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio: «El artículo 2 CE y el debatido caso de las nacionalidades», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, vol. II*, Cortes Generales, Madrid, 2009, págs. 1669-1680.

MONREAL, Antoni: «La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, vol. II*, Cortes Generales, Madrid, 2009, págs. 1721-1739.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ CALVO, Alberto: «Pueblo, nacionalidades y regiones en la práctica estatutaria», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 29 (2000), págs. 107-120.

PÉREZ ROYO, Javier: «La reforma del Estado autonómico», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, vol. II*, Cortes Generales, Madrid, 2009, págs. 1757-1771.



RUBIO LLORENTE, Francisco: «La titularidad del derecho a la autonomía: nacionalidades y regiones», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, vol. II*, Cortes Generales, Madrid, 2009, págs. 1805-1813.

RUIZ ROBLEDO, Agustín: «Las decisiones políticas fundamentales del artículo 2 de la Constitución; 2005-06, un nuevo momento constituyente del Estado autonómico», en Gerardo RUIZ-RICO RUIZ (Coord.): *La reforma de los Estatutos de autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, págs. 127-149.

—: «Capítulo III: Relaciones con las instituciones de la Unión Europea», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, págs. 631-645.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «El problema de la soberanía en el Estado autonómico», *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, I* (1998), págs. 461-502.

THOMAS PUIG, Petra María: «Valores y principios constitucionales», *Parlamento y Constitución*, núm. 5 (2001), págs. 129-143.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN: ANDALUCÍA EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. B. LA DEFINICIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA ENTRE LA HISTORIA Y LA VOLUNTAD POLÍTICA. C. LOS VALORES SUPERIORES PROPUGNADOS POR EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA. D. LA LEGITIMIDAD POPULAR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. E. ANDALUCÍA EN LA UNIÓN EUROPEA.

### A. INTRODUCCIÓN: ANDALUCÍA EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

El análisis del precepto que abre el Estatuto de Autonomía de Andalucía se encuentra <sup>1</sup> lleno de dificultades y trampas que el exegeta debe con más o menos fortuna superar. Las más complicadas proceden, no tanto de lo que el precepto dice, sino de aquellas que calla y se intuyen en su finalidad. El legislador estatutario intenta en los cuatro apartados del art. 1 definir todo lo que Andalucía es, a través de su definición como Comunidad Autónoma, su construcción como ente democrático, sus objetivos como instrumento de acción política por y para los ciudadanos andaluces y sus relaciones en los contextos institucionales en los que desempeña sus competencias. La búsqueda del enunciado perfecto para cumplir con el mandato constitucional de recoger en el Estatuto de Autonomía de Andalucía «la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica» supone un esfuerzo de autorreferencialidad y de concreción que lleva siempre al intérprete a ofrecer visiones parciales e inacabadas para la explicación de su contenido<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La complejidad simbólica que adquiere la elaboración del art. 1 EAAAnd en el contexto del Título preliminar y su conexión con el contenido axiológico y declarativo del Preámbulo tuvo una singular

- 2 A esa imposibilidad de partida de abarcar la exposición completa de todo aquello que quiere describir sobre sí misma la Comunidad Autónoma de Andalucía a través del primero de los artículos del Estatuto, se añaden las incertidumbres que se derivan del papel y el fin que sus mandatos desean alcanzar. El art. 1 EAAAnd, quizás con los artículos dedicados a la reforma estatutaria, se manifiesta como el precepto que de una forma más nítida recoge las normas que *conectan* la Constitución y el Estatuto y definen el papel de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el marco del Estado de las autonomías y su ordenación. En consecuencia, desde esta perspectiva se convierte en el precepto *más constitucional* de la norma estatutaria, al tiempo que adquiere un gran valor para comprender, utilizando una reflexión que con frecuencia ha aparecido durante y con posterioridad en el debate político de otras reformas estatutarias, la fórmula y la comodidad del hospedaje o la inserción de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el orden constitucional. Pero, además, pretende ser *el punto de fuga* a partir del que se desplieguen y expliquen el resto de las normas estatutarias, obligando al intérprete a tener que explicar sus proposiciones normativas en continuo diálogo con el resto del articulado estatutario.
- 3 Por otro lado, la continuidad más que evidente que se detecta entre el derogado art. 1 del Estatuto y el actualmente vigente no simplifica su proceso de interpretación. En primer lugar, porque en la práctica, como ha destacado MONREAL (2009, pág. 1730) con respecto al Estatuto catalán, el nuevo artículo precede y se inserta en el articulado de un texto normativo que ha sufrido una *revisión* prácticamente total, una circunstancia poco frecuente en una norma materialmente constitucional como el Estatuto de Autonomía para Andalucía. En consecuencia, la nueva realidad hace que algunos de los términos heredados del texto anterior adquieran o aporten hermenéuticamente nuevos significados. En segundo lugar, porque algunas de las innovaciones –como las referencias a la Unión Europea– resultan casi obligadas conforme ha ido evolucionando la realidad política y constitucional de nuestro país; pero, otras han suscitado un debate de naturaleza identitaria pleno de, en términos de CORCUERA ATIENZA (1992-1993, pág. 17), «fetichismo semántico», que ha dejado cicatrices en la tramitación parlamentaria de la proposición de reforma estatutaria y, quizás, en el propio texto normativo y su futura aplicación.
- 4 El debate se amplió porque, de una parte, se verificó precisamente dentro del marco de la revisión del Estatuto de Autonomía de Andalucía, dado el papel que en su día asumió la Comunidad Autónoma andaluza en el proceso de construcción del Estado de las Autonomías (RUIZ ROBLEDO, A., 2006, pág. 138 y ss; PÉREZ ROYO, J., 2009, pág. 1763 y ss) y porque, de otra parte, discurrió, en ciertas fases, de manera simultánea al proceso de reforma de la norma estatutaria en Cataluña. En el proceso de construcción del Estado territorial, Andalucía se define por ser la única Comunidad cuya constitución respetó la vía constitucional del art. 151, de la forma más cercana a la ortodoxia, y por poseer una fecha clara y contemporánea en la que se verificó la

---

manifestación a lo largo de la tramitación parlamentaria, en el sentido de que esas partes del texto se discutieron y aprobaron conjuntamente y al final de las sesiones para completar la decisión del órgano parlamentario sobre la continuidad de la proposición de reforma estatutaria; ocurre en el debate plenario en el Parlamento de Andalucía (*DSPA*, núm. 81, de 2 de mayo de 2006, pág. 5371 y ss), y, de nuevo, en el debate dentro de la Comisión Constitucional del Congreso (*DSCD, Comisiones*, núm. 672, de 19 de octubre de 2006, págs. 2-3, para el acuerdo, y *DSCD, Comisiones*, núm. 674, de 24 de octubre, pág. 29 y ss, para el debate y aprobación).

reafirmación de su conciencia como unidad política, el 28 de febrero de 1980<sup>2</sup>. Si a esto se añaden los conocidos hechos de que se trata de la primera de las comunidades autónomas en población y de la segunda en extensión territorial, es más que evidente que no resulta indiferente para el futuro del Estado autonómico el lugar que Andalucía termina ocupando en el contexto de la Constitución político-territorial.

## B. LA DEFINICIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA ENTRE LA HISTORIA Y LA VOLUNTAD POLÍTICA

La búsqueda de una definición de la Comunidad Autónoma de Andalucía <sup>5</sup> conveniente a la realidad del Estado de las Autonomías, que superase la ya ilustrativa del precepto a derogar<sup>3</sup>, se convirtió en una de las piezas más clara de conflicto y disenso en el *iter* parlamentario entre las fuerzas políticas. En el Parlamento de Andalucía, dentro del debate plenario para la fijación del texto de la proposición de ley que se remitiría a la Cortes Generales, las intervenciones de los portavoces dejan pocas dudas.

Señorías –en términos del portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida–, Andalucía tiene una identidad histórica singularizada, una identidad cultural y una identidad política conquistada en la calle. No estamos ante razones simbólicas o de oportunidad. Andalucía posee identidad nacional; y esta identidad, como la expresión de «Realidad Nacional» o «Nación», es hoy nuestro artículo 151 y la garantía de que no nos descolgamos de las nacionalidades históricas. Aquí no nos pueden temblar las piernas, ni hoy, en el debate y la votación del Estatuto, ni en la tramitación del Estatuto en Madrid en las Cortes Generales<sup>4</sup>.

Intervención que fue respondida por el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, afirmando que:

Eso de que hay que decir «la nuestra como la que más», es un auténtico disparate. No se trata de eso, señorías. Andalucía no ha tenido nunca, ni ha buscado los elementos propios de la Nación, de una Nación, que sería la defensa de las fronteras, las instituciones propias, su Hacienda propia. Tampoco ha existido nunca esa conciencia

---

<sup>2</sup> Como recordaba el portavoz socialista en el debate plenario en el que se aprobó el texto de reforma estatutario elevado al Congreso de los Diputados, «eso significó, ni más ni menos, señorías, que Andalucía se movilizó como nunca se ha movilizado ninguna otra comunidad autónoma española, como nunca se ha movilizado ningún otro pueblo en el ejercicio de su derecho al autogobierno, ni en España ni fuera de España, que yo sepa. Y se movilizó para conseguir una posición política igual a la de aquellas comunidades, como Cataluña, el País Vasco o Galicia, a las que la Constitución otorgaba un tratamiento singular diferenciado por razones [como eran su consideración de comunidades históricas, en función de lo que había ocurrido con ellas en el transcurso de la II República. Pero Andalucía, además de eso, hizo algo más aquel día: el pueblo andaluz aquel día no sólo dio una batalla y conquistó su autonomía plena, su derecho al autogobierno, sino que además sentó las bases para un desarrollo armónico, equilibrado, y ése sí, simétrico, del Título VIII de la Constitución]» (*DSPA*, núm. 81, de 2 de mayo, de 2006, pág. 5377). En parecidos términos, el diputado Torres Vela, en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, afirmará que «el acceso al autogobierno es un hecho diferencial. Nosotros, con nuestro proceso, saldamos definitivamente cualquier diferencia que pudiese establecer en esa denominación» (*DSCD, Comisiones*, núm. 674, de 24 de octubre de 2006, pág. 30).

<sup>3</sup> «Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de la unidad indisoluble de la nación española, patria común indivisible de todos los españoles».

<sup>4</sup> Diputado Antonio Romero Ruiz, *DSPA*, núm. 81, cit., pág. 5373.

colectiva que subyace en el nacimiento de una Nación o en la decisión política de unas potencias que resuelven la construcción de una Nación para dar fin a un proceso colonizador. Evidentemente, no es así. Y nunca ha sido así la historia de Andalucía<sup>5</sup>.

- 6 La evolución que manifiesta la redacción del párrafo 1.º del art. 1 se explica, no sólo por las estrategias de acercamiento y de conflicto de las fuerzas políticas en torno a la cuestión identitaria, sino también, como se ha apuntado, por la coincidencia de la reforma andaluza en diferente tiempo con ciertas fases de la tramitación de la reforma del Estatuto de Cataluña.
- 7 Los términos usados por el texto de la proposición en sus inicios manifestaban una evidente continuidad con la redacción del precepto vigente desde 1981. Los avances más significativos procedían de la inclusión de la Comunidad Autónoma entre las *nacionalidades históricas*, y la conversión de la identidad, ahora política en vez de histórica, y el derecho al autogobierno –derecho a la autonomía del art. 2 CE– en los motores de la voluntad para la creación o, más correctamente, la recreación de Andalucía como entidad con autonomía política.
- 8 Esa redacción, como consecuencia de la aceptación de la enmienda número 297 del Grupo Parlamentario Socialista<sup>6</sup>, se transforma sustancialmente en la Comisión de Desarrollo Estatutario, quedando en los términos minimalistas que aprueba el Pleno del Parlamento de Andalucía<sup>7</sup>. La enmienda 297 se presentaba al debate coordinada con la enmienda anterior del mismo grupo, en la que se proponía una redacción para el Preámbulo estatutario, en uno de cuyos párrafos se afirmaba que:

Andalucía ha sido la única Comunidad que ha tenido una fuente de legitimidad expresada en las urnas mediante referéndum, lo que le otorga una identidad propia y una posición incontestable en el seno de la configuración territorial del Estado. La Constitución española, en su artículo 2, reconoce la realidad nacional de Andalucía como una nacionalidad<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Diputado Antonio Sanz Cabello, que continuaba afirmando en otra dirección: «Se afirma "Realidad Nacional" en el Estatuto, sencillamente, señorías, porque se quiere dar coartada y se quieren avalar jurídica y políticamente las pretensiones insolidarias del nacionalismo con el que ha pactado el señor Zapatero. Lo peor es que con ello lo que se está poniendo en riesgo, y con lo que se está jugando, es con el futuro de Andalucía», (*DSPA*, núm. 81, cit., pág. 5376).

<sup>6</sup> El párrafo 1.º del art. 1 recibe las enmiendas números 6 y 7 del Grupo Parlamentario Andalucista (*BOPA*, núm. 409, de 31 de marzo, pág. 23069), núm. 297 del Grupo Parlamentario Socialista (pág. 23122), y núm. 431 del Grupo Parlamentario de IU-Los Verdes (pág. 23150). Cuando el Informe acepta y el Dictamen de la Comisión aprueba la redacción propuesta por la enmienda socialista, el Grupo Parlamentario Popular mantiene como voto particular en el debate plenario el texto original del art. 1.1, con escasa fortuna (*BOPA*, núm. 427, de 28 de abril, pág. 24149; y *DSPA*, núm. 81, 2006, cit., pág. 5371 y ss).

<sup>7</sup> «Andalucía, como nacionalidad histórica, se constituye en Comunidad Autónoma, conforme al art. 2 de la Constitución española».

<sup>8</sup> En esas fechas, el art. 1 de la propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña establecía que «Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica». Un precepto que se conectaba con un conocido pronunciamiento del Preámbulo: «El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución Española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad».

El consenso que se alcanza de manera trabajosa entre las fuerzas mayoritarias dentro de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados<sup>9</sup> devuelve el párrafo primero a los términos de su primigenia redacción: «Andalucía, como nacionalidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que reconoce la Constitución, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco de la unidad de la nación española y conforme al artículo 2 de la Constitución». Al tiempo, que en la misma dirección se reescribe el párrafo del Preámbulo estatutario que había sido objeto de disputa en la tramitación de la propuesta en el Parlamento de Andalucía<sup>10</sup>.

El conflicto se planteó, también, en otro plano, entre defensores de recurrir a la expresión «nación», como fórmula para expresar un avance en la definición de Andalucía en el contexto del Estado autonómico, frente a los partidarios de mantener el término «nacionalidad», lo que va modelando las construcciones del párrafo en las diferentes fases del procedimiento de parlamentario<sup>11</sup>.

La tradición prevalece sobre la innovación en el momento de la definición estatutaria de la Comunidad Autónoma y de la fijación del espacio que se considera que la misma ocupa dentro del Estado de las autonomías, en la medida en que el debate político-jurídico emerge en un proceso –aunque sea de gran profundidad– de reforma estatutaria. En este sentido, el origen jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía continúa localizándose en las voluntades manifestadas por poblaciones e instituciones con competencia entre los años 1980 y 1981, con un respeto más o menos fiel de los trámites fijados por el art. 151 CE. Tal decisión, jalonada con pronunciamientos mayoritarios del cuerpo electoral provincial el 28 de febrero de 1980 y el 20 de octubre de 1981, y con los acuerdos de las cámaras de las Cortes Generales (el 17 de diciembre en el Congreso de los Diputados y el 23 de diciembre, ambos de 1981, en el Senado), marcaba política y jurídicamente la creación de la Comunidad Autónoma de Andalucía con unas características sostenidas durante más de veinticinco años. Ciertamente, aceptando este bagaje, existía un margen dentro de la transformación del Estado autonómico para proceder a la actualización de los términos definitorios. Y una lectura del precepto en sus diferentes niveles permite avanzar en la fórmula con la que se reconstituyen los elementos identificadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>9</sup> La redacción, que a la postre sería definitiva, se consigue tras un laborioso proceso de negociación en la Comisión, y es consecuencia directa de dos enmiendas transaccionales; su defensa por los diputados Torres Vela y Arenas Bocanegra, en *DSCD, Comisiones*, núm. 674, de 24 de octubre de 2006, págs. 30-33.

<sup>10</sup> «Andalucía ha sido la única Comunidad que ha tenido una fuente de legitimidad específica en su vía de acceso a la autonomía, expresada en las urnas mediante referéndum, lo que le otorga una identidad propia y una posición incontestable en la configuración territorial del Estado.

El Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna. En 1978 los andaluces dieron un amplio respaldo al consenso constitucional. Hoy, la Constitución, en su artículo 2, reconoce a Andalucía como una nacionalidad en el marco de la unidad indisoluble de la Nación española» (Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, en *BOCG, Congreso de los Diputados*, serie B, núm. 246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 250).

<sup>11</sup> Las enmiendas núm. 6 del Grupo Parlamentario Andalucista y 431 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en el Parlamento de Andalucía (*BOPA*, núm. 409, 2006, cit., págs. 23069 y 23150, respectivamente) abogan por definir Andalucía como «Nación»; propuesta que se repite en las enmiendas núm. 2 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida y 42 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso de los Diputados (*BOCG, Congreso de los Diputados*, serie B, núm. 246-5, de 13 de septiembre de 2006, págs. 56 y 70, respectivamente).

- 12 En primer lugar, no se discute la continuidad de las circunstancias en las que se verifica la creación de la Comunidad Autónoma como entidad política y jurídica, conforme a un ejercicio consciente del principio de autonomía constitucionalmente garantizado. La autonomía se ha contemplado, tanto como potestad con cuyo ejercicio se transmite la voluntad necesaria para asumir aquella parcela de competencias precisa para satisfacer los intereses que resultan propios a Andalucía, como resultado instrumental, coincidente con el cumplimiento ordinario de las competencias estatutarias por las instituciones de autogobierno sin más sometimiento que a la Constitución y la propia norma institucional básica. El parámetro jurídico a la acción competencial no sólo define los límites de la constitucionalidad para el ejercicio de la autonomía, sino que, combinados con los principios constitucionales de solidaridad (art. 2 *in fine* CE) y estatutarios de igualdad y solidaridad (art. 1.2 *in fine* EAAnd), también fundamenta el *principio de lealtad institucional*, que a lo largo del articulado estatutario se manifiesta en concretas situaciones [arts. 90, 93.1, 133.1, 175.2 e), 183.1 y 5 y 219.1 EAAnd<sup>12</sup>].
- 13 En segundo lugar, la constitución del ente autónomo ha descansado en la coordinación de las voluntades correctamente expresadas conforme al art. 2 CE y, con conocidas singularidades, en el cumplimiento de los trámites procedimentales dispuestos en el art. 151 CE. Mientras que la reformulación y actualización de la realidad institucional de la autonomía se ha ajustado también a las condiciones constitucionales (art. 152.2 CE) y estatutarias de la reforma (art. 74 EAAnd de 1981).
- 14 En tercer lugar, la innovación de la calificación de Andalucía como «nacionalidad histórica» continúa conectada, igual que en el precepto al que sustituye, con la «unidad de la Nación española», actuando de marco tanto para la reforma estatutaria como para el posterior ejercicio del autogobierno. En la medida en que en la arquitectura del precepto se mantienen prácticamente los elementos del *predicado*, la incertidumbre interpretativa surge por las dudas relacionadas con lo que aporta a la definición del ente autonómico andaluz su transformación en *nacionalidad histórica*.
- 15 La noción «nacionalidad histórica»<sup>13</sup>, como ha destacado REAL ALCALÁ (2008, pág. 303 y ss), además de alterar el orden de algunos factores usados en la definición del modelo, remite a la concurrencia de una serie ideal de elementos definitorios y de indicios de naturaleza prejurídica.
- 16 La nacionalidad histórica exterioriza la idea sociológica, cultural y política de la existencia de un colectivo humano diferenciado que de manera voluntaria ha decidido organizarse de determinada forma. En este sentido, colectivo humano no es otro que *la Andalucía* con la que se inicia el precepto o *el pueblo andaluz* del párrafo 3.º de este artículo, definido por su vinculación con el territorio y los entes locales de la

<sup>12</sup> En este sentido, entre los objetivos básicos de los poderes de la Comunidad Autónoma se incluye la búsqueda de «la convergencia con el resto del Estado y de la Unión Europea, promoviendo y manteniendo las necesarias relaciones de colaboración con el Estado y las demás comunidades y ciudades autónomas, y propiciando la defensa de los intereses andaluces ante la Unión Europea» (art. 10.3.9.º EAAnd).

<sup>13</sup> Un término que aparece también en el Estatuto de Galicia (art. 1.1), en el de Aragón (art. 1.1), y en el de las Islas Baleares (art. 1.1); mientras que se autodenominan «comunidad histórica» Cantabria (art. 1.1) y Castilla y León (art. 1.1), y «entidad regional histórica», la Comunidad de Murcia (art. 1.1) y la Comunidad de Extremadura (art. 1.1).

Comunidad Autónoma. Ese sujeto colectivo manifiesta con efectos jurídicos y políticos su voluntad de organizarse de manera singular con pleno respeto a las condiciones fijadas por la Constitución. Según los términos con los que se cierra el Preámbulo, «por ello, y como expresión de su voluntad colectiva representada políticamente a través del Parlamento, el pueblo andaluz ratifica el presente Estatuto de Autonomía, como renovación del compromiso manifestado el 28-F de 1980».

La conciencia de pertenencia a un grupo con el que se comparte un patrimonio cultural e histórico se conecta con la titularidad de la categoría personal de «andaluz» o «andaluza», tanto en sentido estricto como en sentido amplio<sup>14</sup>. En sentido estricto, como titular de los derechos de la ciudadanía andaluza, residen o no en un domicilio de Andalucía (art. 5 EAAnd), y, en sentido extenso, como integrante de una comunidad más amplia que participa de una identificable nacionalidad histórica y cultural y cuyos integrantes mantienen lazos con la Comunidad Autónoma, aunque se encuentren residiendo fuera del territorio de Andalucía (art. 6 EAAnd)<sup>15</sup>. A estos últimos, incluso aunque carezcan de la posibilidad de participar en la vida política de Andalucía se les concede la participación en una *identidad andaluza* que les habilita para el ejercicio de facultades y les convierte en destinatarios de ciertas políticas de los poderes públicos andaluces. 17

La construcción de la identidad estatutaria de Andalucía sobre la noción de nacionalidad ha tropezado con la atención prestada a la consideración de la existencia de una *realidad nacional* preexistente a la Constitución y la decisión estatutaria que podía entrar en colisión con la nacionalidad única y la soberanía del pueblo español, que se definen en los arts. 1 y 2 CE<sup>16</sup>. Las referencias a la existencia de una realidad nacional andaluza, como algo contrapuesto a la nacionalidad política española, si alguna vez se incluyeron con una cierta seriedad en la tramitación de la reforma, no se encuentran en parte alguna del articulado estatutario, y, en todo caso, con independencia del valor simbólico y autorreferencial que se pretenda conceder al dato prejurídico de una declaración realizada en 1919, lo cierto es que, en continuidad con los pronunciamientos del Preámbulo, el nacimiento de Andalucía como sujeto jurídico con 18

---

<sup>14</sup> En términos, de nuevo del Preámbulo del EAAnd, «la interculturalidad de prácticas, hábitos y modos de vida se ha expresado a lo largo del tiempo sobre una unidad de fondo que acrisola una pluralidad histórica, y se manifiesta en un patrimonio cultural tangible e intangible, dinámico y cambiante, popular y culto, único entre las culturas del mundo. [...] Esta síntesis perfila una personalidad andaluza construida sobre valores universales, nunca excluyentes. Y es que Andalucía, asentada en el sur de la península ibérica, es un territorio de gran diversidad paisajística, con importantes cadenas montañosas y con gran parte de su territorio articulado en torno y a lo largo del río Guadalquivir, que abierta al Mediterráneo y al Atlántico por una dilatada fachada marítima, constituye un nexo de unión entre Europa y el continente africano. [...] El pueblo andaluz es heredero, por tanto, de un vasto cimiento de civilización que Andalucía puede y debe aportar a la sociedad contemporánea, sobre la base de los principios irrenunciables de igualdad, democracia y convivencia pacífica y justa».

<sup>15</sup> Sobre los efectos de la gestión de nacionalidades con diferente alcance, BALAGUER CALLEJÓN, F. 2009, pág. 1925 y ss

<sup>16</sup> Frente a la virtualidad que se concedió a esa idea y a ese término en algunas de las redacciones de la proposición de reforma estatutaria, la referencia a la realidad nacional ha quedado emboscada entre una multiplicidad de declaraciones «unionistas» dentro del Preámbulo: «El Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna. En 1978 los andaluces dieron un amplio respaldo al consenso constitucional. Hoy, la Constitución, en su artículo 2, reconoce a Andalucía como una nacionalidad en el marco de la unidad indisoluble de la Nación española».

capacidad de autogobierno se efectúa en el marco de la Constitución, en el ejercicio del derecho de autonomía de su art. 2 y, por si ello no resultase suficiente, «en el marco de la unidad de la Nación española»<sup>17</sup>.

- 19 El tema no tendría mayor alcance, si no hubiese girado en torno al término «nacional», recogido en el Preámbulo y el articulado del Estatuto de Autonomía de Cataluña tras la reforma de 2006, una buena parte de las discrepancias y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a lo largo de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio<sup>18</sup>. La resolución acepta, de un lado, que las declaraciones de los preámbulos, aunque carecen de «valor prescriptivo», poseen un «valor jurídico» susceptible de consideración en procesos de control de constitucionalidad<sup>19</sup>; y, de otro lado, el Tribunal actúa en una suerte de juicio preventivo de constitucionalidad, cuando marca la recta interpretación de los preceptos que encontrándose dentro del articulado –y han sido objeto de impugnación– se conectan de una manera más clara con las propuestas interpretativas derivadas de las partes sensibles del Preámbulo<sup>20</sup>.
- 20 La traslación de los efectos de esa doctrina al ámbito del Estatuto de Autonomía de Andalucía resulta inadecuada por diversas razones.
- 21 La primera, y más evidente, porque la reclamación se encuentra construida de manera singular sobre los términos y preceptos del Estatuto de Cataluña y se enjuicia de

<sup>17</sup> «Nación española» a la que el Preámbulo de la propia Constitución reconoce el ejercicio del poder constituyente y, por lo tanto, la capacidad para fijar el marco para ejercer los derechos de acceso y desarrollo de la autonomía por las comunidades autónomas.

<sup>18</sup> Se cuestiona la constitucionalidad de tres apartados del Preámbulo del Estatuto de Cataluña: «El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquella, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat». «El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad». Y, la referencia última al «ejercicio del derecho inalienable de Cataluña al autogobierno».

<sup>19</sup> «[...] Tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Su destinatario es, pues, el intérprete del derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer. El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada» (FJ 7.º).

<sup>20</sup> «En atención al sentido terminante del art. 2 CE ha de quedar, pues, desprovista de alcance jurídico interpretativo la referida mención del Preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la Nación catalana, sin perjuicio de que en cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional la autorrepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima.

Por todo ello, los términos "nación" y "realidad nacional" referidos a Cataluña, utilizados en el Preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término "nacionales" del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, "definida como nacionalidad" (art. 1 EAC) e integrada en la "indisoluble unidad de la nación española" como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo» (FJ 12.º).



manera directa la intencionalidad de unos hechos para modelar la interpretación y aplicación de unos preceptos propios del articulado estatutario catalán. Por mucho que se fueren los términos y se hagan paralelismos sobre la similitud terminológica de los preceptos impugnados y otros del Estatuto andaluz, la fundamentación de la impugnación y el reproche se consideran privativos de la norma catalana. En Andalucía no hay referencia a pronunciamientos parlamentarios sobre el sentir del pueblo andaluz, ni a derechos históricos con incierta fuerza condicionante en la aplicación de la Constitución. En el Preámbulo EAAnd se recogen hechos históricos o acciones políticas enmarcadas en el tiempo que han configurado social, cultural y políticamente a Andalucía como nacionalidad histórica que obtiene su reconocimiento en el Estado de las Autonomías. El caso andaluz se encontraría en ese ámbito constitucionalmente aceptable de recurso a elementos identificativos de una nacionalidad dentro de los postulados del art. 2 CE; es decir, se trataría –en términos de la mencionada sentencia– de un supuesto de «autorrepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural» con plena cabida en el ordenamiento democrático como expresión de una idea legítima (STC 31/2010, FJ 12.º).

La segunda, porque los términos y el contexto con los que se menciona la realidad nacional andaluza en el Preámbulo del Estatuto de Autonomía –y aceptando la más que cuestionable posición de conceder relevancia jurídica a tales pronunciamientos–, no sólo difiere de manera literal de aquella realizada por el legislador catalán, sino que busca y encuentra una clara cobertura constitucional. Se menciona el hecho de que el Manifiesto Andalucista de Córdoba de 1919 describía a Andalucía como una *realidad nacional*, pero se añadía que sólo en el marco del art. 2 CE se ha alcanzado el reconocimiento de la misma como *nacionalidad*, en el ámbito de la «unidad indisoluble de la Nación española». Cuando del espacio declarativo del Preámbulo se pasa al prescriptivo del articulado, el comentado párrafo 1.º del art. 1 EAAnd no deja lugar a dudas sobre que la nacionalidad histórica de Andalucía no alcanza su plena virtualidad sino a través de su voluntaria constitución en Comunidad Autónoma, con respeto de las reglas de los arts. 2 y 151 CE.

### C. LOS VALORES SUPERIORES PROPUGNADOS POR EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

La continuidad entre el artículo del Estatuto derogado y el vigente se manifiesta de una manera más que evidente en el apartado de reconocimiento de una serie de valores que la norma institucional básica de Andalucía, como instrumento, persigue. Las novedades más notables entre la antigua y la nueva se encuentran en la sustitución de la forma y el verbo utilizado («propugna», por «aspira hacer realidad»), en la naturalización de los valores estatutarios en la categoría de «superiores» y en la adición del valor «pluralismo político» a los de «libertad», «justicia» e «igualdad»<sup>21</sup>. Por sí mismo, lo más significativo de esa norma tiene que ver con su propia existencia en el articulado de un estatuto de autonomía. Su referencia más directa se encuentra en el art. 1 CE, y su singularidad hizo que sólo fuese imitada por el Estatuto de Autonomía de

<sup>21</sup> La redacción definitiva del apartado 2.º es resultado de la aceptación de la enmienda núm. 567 del Grupo Parlamentario Popular por el Informe de la Ponencia de la Comisión de Desarrollo Estatutario del Parlamento de Andalucía (BOPA, núm. 409, 2006, cit., pág. 23175, para el texto de la enmienda; y BOPA, núm. 420, 2006, cit., pág. 23648, para el acuerdo en el Informe de la Ponencia).

la Comunidad Autónoma de La Rioja<sup>22</sup> y que no haya calado entre las decisiones tomadas por los autores de las más recientes reformas estatutarias<sup>23</sup>.

- 24 La doctrina que se ha enfrentado al análisis y explicación de la eficacia de los valores constitucionales del art. 1 ha coincidido en que se trata de principios muy genéricos, casi elementos ideales o éticos que se localizan en la base del Estado constitucional como Estado social y democrático de derecho, que se constitucionalizan para convertirlos en objetivos generales para la actuación de los poderes públicos y criterios de interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>24</sup>. Gozan de valor prescriptivo y, pese a su generalidad, vinculan en el ejercicio de sus funciones al Legislador, a la Administración y a la Justicia, tanto ordinaria como constitucional, con los límites propios que se derivan de la posición constitucional que cada órgano estatal ocupa (GARRORENA MORALES, Á., 1997, págs. 32-33 y 35-37; THOMAS PUIG, P. M.<sup>a</sup>, 2001, pág. 138 y ss; FREIXES SANJUÁN, T., Y REMOTTI CARBONELL, J. C., 1992, págs. 99-101).
- 25 Con la aceptación de partida de los postulados con los que la doctrina ha interpretado y los poderes públicos han aplicado la idea de los valores constitucionales y su traslación a la hora de definir el contenido del precepto estatutario, se plantean varias dudas sobre la propia necesidad de la norma. No se discute la soberanía del legislador estatutario en el momento inicial y en el de la reforma para crear y mantener una norma en la que se asuman en el ordenamiento andaluz los valores enumerados en este párrafo 2.º, ni que, además de los valores constitucionalizados como superiores en el art. 1 o desperdigados a lo largo del articulado constitucional –por ejemplo, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE–, no puedan existir y garantizarse jurídicamente otros valores en otras normas del ordenamiento como el Estatuto de autonomía. Lo que se cuestiona es la utilidad de la reiteración en la norma estatutaria de Andalucía de los mismos valores que se enumeran de modo expreso en el precepto que abre la Constitución. Desde una perspectiva estrictamente jurídica en la medida en que por mandato constitucional la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político se imponen como valores superiores de todo el ordenamiento jurídico, también condicionan la interpretación y aplicación que se hagan de los preceptos estatutarios y del resto de las normas de la Comunidad Autónoma de Andalucía y, en consecuencia, vincula el ejercicio que de sus competencias realicen las instituciones de autogobierno. En consecuencia, si la norma no existiera expresamente en este artículo, nada cambiaría por la indiscutida influencia de la Constitución, superior al resto de las normas que integran el ordenamiento. Por lo tanto, el desarrollo argumentativo en la comprensión

<sup>22</sup> Art. 1.3, con una redacción similar a la originaria del EAAAnd de 1981. En el art. 1.3 ECM se recogen los principios de libertad, justicia e igualdad, como unos objetivos que pretenden hacer realidad las instituciones autonómicas para todos los madrileños.

<sup>23</sup> El actual Estatuto de Cataluña, en el art. 4, un precepto más cercano al art. 10 EAAAnd que al párrafo comentado, mezcla una serie de valores y principios que deben ser promovidos por los poderes públicos de Cataluña, sin más detalles: «Los poderes públicos de Cataluña deben promover los valores de la libertad, la democracia, la igualdad, el pluralismo, la paz, la justicia, la solidaridad, la cohesión social, la equidad de género y el desarrollo sostenible» (apartado 3.º). Y lo mismo, puede decirse del art. 12.1 EAIB: «La Comunidad Autónoma fundamenta el derecho al autogobierno en los valores del respeto a la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la justicia, la paz y los derechos humanos».

<sup>24</sup> «Los valores están en el terreno de las idealidades, es decir, de las categorías ideales históricamente asumidas por una comunidad como radicales para su convivencia; está, en fin, en el nivel de los fundamentos sustantivos de esa vida en común» (GARRORENA MORALES, Á., 1997, pág. 35).

de esta norma sólo puede conducir a la valoración de si la norma se debe considerar o no superflua y reiterativa, o bien, si se puede entender que aporta algo a la comprensión de la eficacia de los valores desde una perspectiva estrictamente andaluza.

La perspectiva de partida del precepto en el Estatuto resulta diferente del mandato constitucional. Mientras que en la Constitución se imputa a España, *rectius* la Nación española, como titular de la soberanía organizada jurídica y políticamente, la voluntad de asentar el Estado en la búsqueda de los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, en el texto andaluz se predica la conversión del propio Estatuto de Autonomía en instrumento político, social y jurídico para la satisfacción de esos mismos valores; mientras que en la Constitución los valores se refieren al ordenamiento jurídico, en el texto andaluz se detecta una intención de trascender más allá del ámbito meramente normativo y extender los valores juridificados a la propia sociedad andaluza. 26

Esa opción del legislador estatutario se puede completar con la definición de los valores perseguidos por la norma institucional básica como «superiores». La definición de los valores constitucionales como superiores en el ordenamiento jurídico del Estado ha sido interpretado por la doctrina, no en clave de jerarquía, sino de universalidad y generalidad en su contenido; factores de los que se deriva su especial capacidad para incidir en la actuación de los poderes públicos y para afectar interpretativamente la definición y aplicación del resto de las normas del ordenamiento (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., 1984, pág. 37 y ss; THOMAS PUIG, P. M.<sup>a</sup>, 2001, págs. 138-139). Si en el caso de la asunción y persecución de los valores en Andalucía se predica del Estatuto de Autonomía, ello conlleva una evidente preeminencia en el proceso de la interpretación del resto de las normas estatutarias y extra estatutarias en las que se encuentre implicado el cumplimiento o la satisfacción de alguno de dichos valores. Es decir, la redundante decisión del legislador estatutario andaluz les acaba confiriendo un plus de respeto y de cumplimiento en aquellas ocasiones en las que despliegan su eficacia como fuente mediata o de segundo grado, o bien como norma que se concreta en otros principios y derechos estatutarios. 27

El valor pluralismo político, por ejemplo, integrado tras la reforma en el precepto, posee una clara vertiente estructural en el sistema político, tiene conexión con el principio democrático reconocido en el apartado 3.º del propio art. 1 EAAAnd y requiere intervenciones a diferentes niveles para mantener de manera dinámica la fragmentación política de la sociedad y su reflejo en las instituciones de autogobierno. A lo largo del Estatuto se disponen principios y reglas concretas cuya actuación benefician el mantenimiento del pluralismo político. Los derechos políticos garantizados a andaluces y, eventualmente, a ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía (arts. 5, 30 y 104.4 EAAAnd), el respeto de las minorías (art. 9.2), la promoción de la democracia y el avance su calidad (arts. 10.1 y 11 EAAAnd), el cumplimiento del principio de proporcionalidad por el sistema electoral (arts. 152.1 CE y 104.2 EAAAnd), las condiciones reglamentarias para la formación de grupos parlamentarios y el criterio de proporcionalidad para que éstos participen en los órganos de la Cámara andaluza (art. 103.4 EAAAnd), entre otras disposiciones, descubren elementos que facilitan la preservación del valor pluralismo político. En consecuencia, los preceptos estatutarios y las normas que los desarrollen deben ser contruidos y aplicados por los poderes públicos, con la finalidad de satisfacer en última instancia el valor reconocido en el inicio del Estatuto. Las desviaciones de ese objetivo último pueden ser controladas por los órganos competentes, no sólo cuando se 28

verifiquen claras lesiones de valor pluralismo, sino también cuando se produzcan actuaciones que disminuyan o dificulten su más amplia consecución.

- 29 Si la reiteración estatutaria de los valores constitucionales resulta delicada de entender, más desconcertante resulta el pronunciamiento sobre que el Estatuto de Autonomía va a perseguir el cumplimiento de los valores descritos a favor de los andaluces, dentro de «un marco de igualdad y solidaridad con las demás comunidades autónomas». La razón más evidente de desconcierto proviene del hecho de que la garantía de la igualdad y la solidaridad entre comunidades no la puede garantizar parcial y unilateralmente Andalucía. La igualdad político-jurídica sólo se puede arbitrar a partir de la configuración de un modelo de Estado autonómico no asimétrico dentro de lo que hasta el presente ha permitido el denominado principio dispositivo. El trato igual a todos los entes autonómicos y la fijación de mecanismos de reequilibrio entre territorios sólo se puede conseguir a partir de decisiones de los órganos centrales del Estado, como ente con capacidad en el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento del mandato constitucional del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE de realizar tareas de coordinación y de compensación entre zonas territoriales y grupos poblacionales, o bien, mediante acuerdos compensatorios multilaterales alcanzados por las propias comunidades autónomas, como viene ocurriendo con la fijación de los modelos de financiación. En todo caso, la Comunidad de Andalucía, mediante decisiones altruistas y de manera unilateral, tomando las decisiones adecuadas en el Estatuto o a partir del mismo, puede contribuir a la solidaridad, pero no es un objetivo que pueda alcanzar individualmente<sup>25</sup>; con lo que se convierte en una manifestación más de la idea de lealtad institucional.
- 30 La igualdad entre comunidades y ciudadanos españoles sólo se puede garantizar y reclamar desde la Constitución, no desde el Estatuto. La norma estatutaria puede convertirse en un instrumento útil para la búsqueda y el logro de la igualdad y la solidaridad entre zonas territoriales de la propia Comunidad Autónoma de Andalucía (arts. 89.2, 90, 98, 189.2, 191.2 y 192.1 EAAnd).
- 31 No obstante, además de ese limitado sentido y alcance de la norma reafirmadora de la igualdad y la solidaridad, la línea de intenciones del legislador de la reforma se explicita en el Preámbulo del Estatuto en una línea que afloró erróneamente una y otra vez en el proceso legislativo. En los términos del Preámbulo:

Hoy, como ayer, partimos de un principio básico, el que planteó Andalucía hace 25 años y que mantiene plenamente su vigencia: Igualdad no significa uniformidad. En España existen singularidades y hechos diferenciales. Andalucía los respeta y reconoce sin duda alguna. *Pero, con la misma rotundidad, no puede consentir que esas diferencias sirvan como excusas para alcanzar determinados privilegios. Andalucía respeta y respetará la diversidad pero no permitirá la desigualdad ya que la propia Constitución española se encarga de señalar en su art. 139.1 que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado* (La cursiva es nuestra).

---

<sup>25</sup> En parte, ése es el sentido que debe atribuirse a los principios de actuación financiera del art. 189.2 EAAnd.

Es decir, se topa con la equivocada idea de que el Estatuto de Autonomía se puede convertir por sí mismo en una palanca para obtener la igualdad y la solidaridad y no como consecuencia de una acción jurídica y política concertada desde la Constitución. <sup>32</sup>

#### D. LA LEGITIMIDAD POPULAR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La identificación del origen popular de la Comunidad Autónoma se convirtió en otra de las razones del recurso planteado contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía para Cataluña. En este caso, la conexión de las nociones de «derechos históricos», «nación» y «ciudadanía» del Preámbulo con el apartado 4.º del art. 2, con su pronunciamiento sobre que «los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña y se ejercen de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución», para los reclamantes suponía colocar el origen popular de la Comunidad Autónoma y el ejercicio de sus poderes en un estadio previo a la Constitución<sup>26</sup>. En este punto, el Tribunal Constitucional no ha tenido dudas y ha declarado perfectamente constitucional el precepto<sup>27</sup>. <sup>33</sup>

La redacción inicial de esta parte del art. 1 en la propuesta de reforma se presentaba más atrevida y recordaba bastante al texto de la norma catalana: «Los poderes de la Comunidad Autónoma emanan del pueblo andaluz y de la Constitución en los términos del presente Estatuto, que es su norma institucional básica». La alteración del orden de los términos parecía dar una preeminencia –o al menos una posición equilibrada– al pueblo andaluz como entidad política a la hora de legitimar los poderes autonómicos, derivados de la Constitución y ejercidos en el marco del Estatuto de Autonomía; con lo que la voluntad de los ciudadanos andaluces era lo determinante en la construcción democrática del funcionamiento de las instituciones autonómicas, mientras que la soberanía nacional incidía en ese proceso en la medida en que se encontraba en el <sup>34</sup>

<sup>26</sup> A este respecto podía resultar más sospechoso el precepto mínimo y lapidario del Estatuto de 1979 al que sustituía: «Los poderes de la Generalitat emanan de la Constitución, del presente Estatuto y del pueblo» (art. 1.3).

<sup>27</sup> «[...] El sentido que cabalmente merece el art. 2.4 EAC viene dado por su clara vocación prescriptiva del principio democrático como pauta para el ejercicio de los poderes de la Generalitat, que el precepto sujeta expresamente a la Constitución –sobre la que se erige un Estado democrático (art. 1.1 CE)– y al Estatuto. No se trata, por tanto, en el contexto del art. 2 del Estatuto, de recabar para la Generalitat de Cataluña un fundamento distinto del expresado en el art. 1 EAC, sino de hacer de la legitimación democrática el principio que ha de regir el ejercicio por la Comunidad Autónoma de los poderes que el Estatuto de Autonomía le confiere desde la Constitución. El pueblo de Cataluña no es, por tanto, en el art. 2.4 EAC, sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto que ha de regir como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Cataluña. El pueblo de Cataluña comprende así el conjunto de los ciudadanos españoles que han de ser destinatarios de las normas, disposiciones y actos en que se traduzca el ejercicio del poder público constituido en Generalitat de Cataluña. Justamente por ser destinatarios de los mandatos de ese poder público, el principio constitucional democrático impone que también participen, por los cauces constitucional y estatutariamente previstos, en la formación de la voluntad de los poderes de la Generalitat. Tal es el designio que justifica la expresión "pueblo de Cataluña" en el art. 2.4 EAC, por entero distinta, conceptualmente, de la que se significa en nuestro ordenamiento con la expresión "pueblo español", único titular de la soberanía nacional que está en el origen de la Constitución y de cuantas normas derivan de ella su validez» (STC 31/2010, FJ 9.º –la cursiva es nuestra–).

origen de la Constitución y en el proceso de «negociación» de la forma estatutaria<sup>28</sup>. La arquitectura del precepto se ve alterada en lo sustancial con un simple cambio en el orden de colocación de los términos, como resultado de la aceptación por la Ponencia de la Comisión de Desarrollo Estatutario del Parlamento de Andalucía de la enmienda número 568 del Grupo Parlamentario Popular, apoyada parcialmente en una propuesta de las recogidas en el Dictamen del Consejo Consultivo<sup>29</sup>.

- 35 En consecuencia, en la actualidad se puede afirmar que el Estatuto andaluz acoge en el apartado 3.º del art. 1 un reconocimiento de que los poderes de la Comunidad Autónoma proceden de una doble legitimidad<sup>30</sup>. Desde una perspectiva jurídica con sustento en la soberanía democrática manifestada por la Nación, afirma que los poderes y la propia existencia de la Comunidad se encuentran en la Constitución y arrancan, como en el resto de las comunidades autónomas, en el ejercicio del principio de autonomía garantizado en su art. 2. Mientras que, desde una perspectiva democrática, de *manera mediata*, procede del Estatuto de Autonomía, como norma institucional básica querida por los ciudadanos andaluces y aceptada por la voluntad democrática nacional, que se manifestó en las Cortes Generales, y, de *manera inmediata y ordinaria*, «del pueblo andaluz».
- 36 En el precepto destacan poderosamente dos términos que reclaman un corto comentario, la anfibológica expresión «poderes de la Comunidad Autónoma de Andalucía» y el concepto de «pueblo andaluz» como origen parcial de la legitimidad democrática del Estatuto y como origen democrático de la organización institucional y el ejercicio de las competencias estatutarias.
- 37 Con el uso de la idea de poder, el artículo intenta hacer un cierto paralelismo con el artículo constitucional que define el principio democrático dentro del Estado mediante la atribución a la soberanía popular del fundamento de las decisiones funcionales de los órganos estatales (art. 1.2 CE)<sup>31</sup>. En un sentido diferente, el precepto estatutario, cuando se refiere a *los poderes* de la Comunidad Autónoma, lo hace con un doble significado conectado sólo lejanamente con el principio constitucional de soberanía popular. El término poderes hace de una manera clara referencia a las competencias propias de la Comunidad Autónoma, en la medida en que han sido asumidas por el Estatuto de Autonomía. La titularidad de las competencias de las comunidades autónomas se encuentran limitadas por el proceso de asunción que se verifica en el momento de su

<sup>28</sup> Sobre las debilidades en la construcción de la noción de soberanía, BALAGUER CALLEJÓN, F. (1988, pág. 99 y ss) y SOLOZÁBAL ECHABARRÍA, J. J. (1998, pág. 478 y ss). Y sobre la posibilidad de que exista un «pueblo soberano parcial» frente y previo al «pueblo soberano nacional», bastan los contundentes términos del FJ 4.º de la STC 103/2008.

<sup>29</sup> La justificación de la enmienda sostenía que «igual que mantiene el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía (pág. 31), en estricta teoría constitucional, los poderes de la Comunidad Autónoma son poderes derivados de la Constitución, norma primaria del ordenamiento jurídico que fue aprobada, en ejercicio de su poder constituyente, por el poder originario del pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 CE). En segundo lugar, los poderes de la Comunidad Autónoma emanan asimismo del Estatuto de Autonomía en cumplimiento del artículo 147 CE» (enmienda en BOPA, núm. 409, de 31 de marzo de 2006, pág. 23175; y el Informe de la Ponencia en BOPA, núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23648).

<sup>30</sup> «Los poderes de la Comunidad Autónoma de Andalucía emanan de la Constitución y del pueblo andaluz, en los términos del presente Estatuto de Autonomía, que es su norma institucional básica».

<sup>31</sup> «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado».

creación, con la aprobación de sus estatutos, y, con posterioridad, a través de los procesos de reforma estatutaria que se vayan realizando. Como tempranamente y con claridad sostiene el Tribunal Constitucional,

[...] Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución<sup>32</sup>.

La limitación constitucional se convierte en un elemento predominante en el momento de la creación y reforma de los Estatutos, como recuerda el párrafo 1.º del art. 1 EAAnd; mientras que se añaden las propias normas institucionales básicas conformando el bloque de constitucionalidad una vez que, puestas en marcha, las comunidades autónomas ejercen las competencias asumidas.

No obstante, también el término estatutario se remite a la categoría constitucional de *poderes* como ejercicio de funciones constitucionales. La propia STC 4/1981 acogía en su discurso de esta idea:

[...] La Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización –el Estado– para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el art. 137 de la Constitución al decir que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (FJ 3.º).

En consecuencia, como recientemente recordaba GONZÁLEZ CASANOVA, citando la intervención del diputado Martín Toval en las Constituyentes, el ejercicio por las instituciones autonómicas de facultades legislativas y ejecutivas con diferente alcance, como funciones de naturaleza política, supone participar en el ejercicio de «poderes soberanos»<sup>33</sup>.

En cuanto a la expresión de «pueblo andaluz», se entiende que el Estatuto lo utiliza como concepto de diferente alcance y significado jurídico.

En un sentido amplio, lo usa como sinónimo de comunidad sociológica y cultural de andaluces. Éste es el sujeto colectivo que, conforme a la descripción del Preámbulo, y como consecuencia de la concurrencia de unos hechos físicos, sociales, culturales, históricos se ha configurado con unas características propias generación tras generación, y al que esa parte programática considera

<sup>32</sup> Son términos conocidos del FJ 3.º de la STC 4/1981.

<sup>33</sup> En términos de la STC 119/1992, «resulta indudable, a la vista del art. 2 de la Constitución, que la misma ha instaurado un Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las comunidades autónomas, dotadas de autonomía política que son expresión del "derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones" que integran "la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles"» (FJ 2.º).

[...] Heredero, por tanto, de un vasto cimiento de civilización que Andalucía puede y debe aportar a la sociedad contemporánea, sobre la base de los principios irrenunciables de igualdad, democracia y convivencia pacífica y justa.

- 41 Desde una perspectiva jurídica, la idea más cercana a este ideal pueblo andaluz se localiza en el art. 6.2 EAAnd, cuando habla de los andaluces en el exterior y de reforzar los lazos entre andaluces y andaluzas, adoptando las medidas legales y políticas necesarias.
- 42 En un sentido más estricto, entendido como ciudadano vinculado a la Comunidad Autónoma por la concurrencia de unas condiciones de naturaleza administrativa (art. 5), destinatario de las actuaciones jurídicas y políticas y titular de una serie de derechos garantizados por el Estatuto y otras normas (arts. 7, 8 y 9 EAAnd<sup>34</sup>), así como grupo humano que se encuentra en el fundamento y origen de las decisiones que adoptan los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Éste es el concepto de pueblo andaluz que actúa como referente activo en el párrafo 3.º del art. 1, y es al que representa y en su nombre ejerce las competencias estatutarias el Parlamento de Andalucía (arts. 100 y 106 EAAnd).
- 43 Por último, aparece el concepto político de pueblo andaluz, coincidente con el colectivo formado por los ciudadanos andaluces integrantes del cuerpo electoral con capacidad para participar en la elección de representantes en el Parlamento de Andalucía y participar en la toma de las decisiones públicas conforme a los cauces habilitados en el propio Estatuto (arts. 30, 101 y 104.4 EAAnd). En este caso, el Estatuto no ha limitado a los ciudadanos con domicilio en el territorio de la Comunidad Autónoma el derecho a conformar el cuerpo electoral andaluz, sino que acepta su extensión a andaluces residentes fuera de España (arts. 5.2 y 3 y 104.2.º EAAnd). La actuación de este colegio permite, como manda el art. 152.1 CE, directamente, la formación del Parlamento de Andalucía, como órgano representativo, e, indirectamente, tanto el nombramiento parlamentario del Presidente de la Junta de Andalucía (art. 118 EAAnd), en el origen de la conformación del Consejo de Gobierno, como la exigencia de responsabilidades políticas a los miembros del Consejo y su presidente (arts. 124, 125 y 126 EAAnd). En definitiva, se encuentran en el origen del autogobierno y el ejercicio de las competencias estatutarias.

## E. ANDALUCÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

- 44 Uno de los ámbitos en los que más claramente se ha manifestado el desconocimiento de cómo evolucionaría la realidad política y jurídica cuando se procedió a elaborar, primero, la Constitución y, con posterioridad, el Estatuto de Autonomía para Andalucía es, precisamente, el de las consecuencias que tendría la integración europea sobre la denominada «Constitución territorial». En ambos textos, el legislador sólo dispuso un

---

<sup>34</sup> La definición de la titularidad de los derechos y deberes se completa en el art. 12: «Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30 y de acuerdo con las leyes reguladoras de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas». Véase el comentario a dicho precepto en esta misma obra.



artículo para hacer frente al proceso iniciado con la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas<sup>35</sup>. De hecho, la construcción del Estado autonómico a partir de la Constitución y el proceso, primero, de adhesión y, posteriormente, de integración europea coincidieron en el tiempo, pero se desarrollaron uno de espaldas al otro. En consecuencia, la integración de la realidad europea en el marco estatutario se convirtió en una de las cuestiones que de manera indiscutida se debía solucionar dentro del proceso de reforma iniciado en el año 2006. En cumplimiento de esta necesidad, todos los Estatutos recientemente reformados han hecho mención al papel de la Comunidad Autónoma en el contexto europeo. Unos, definiendo en los primeros preceptos de la norma institucional los elementos que aporta a la construcción de la Comunidad Autónoma su pertenencia a un Estado integrado en la Unión Europea y, todos, determinando con detalle su posición y las facultades que institucionalmente desempeñaran en los procesos de funcionamiento de las instituciones comunitarias, la formación de su voluntad y el cumplimiento de sus normas y políticas públicas, todo ello, como ha remarcado la STC 31/2010<sup>36</sup>, en necesaria y, eventualmente, subordinada cooperación con el Estado<sup>37</sup>.

En ese contexto de *fiebre europeísta*, en expresión de RUIZ ROBLEDO (2009, 45 pág. 634), surge el completo, complejo y, a veces, confuso capítulo III del Título IX, pero también el apartado 4.º del artículo inicial de la norma estatutaria. Como ha quedado apuntado, un precepto que se concibe para definir política y jurídicamente la Comunidad Autónoma de Andalucía, su origen constitucional y democrático, no podía guardar silencio sobre la posición de Andalucía en el contexto actual de la Unión Europea: «La Unión Europea es ámbito de referencia de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos».

La norma declarativa del art. 1 pretende describir de manera general las líneas que seguirá el posterior desarrollo estatutario de la materia; pero, quizás en este empeño, el legislador estatutario incurre en un exceso de abstracción, y ello dificulta su comprensión. Pese al resultado, no se trató de un precepto sobre el que recayeran propuestas de mejora. El texto inicial, aunque contuviera una cierta redundancia respecto de los apartados anteriores del precepto, resultaba en su primera parte hermenéuticamente más transparente<sup>38</sup>. Con él se trataba de reafirmar que el ejercicio de

<sup>35</sup> Al art. 93 en el caso de la CE, y el art. 23 en el texto del EAAnd de 1981, y, quizás, con un alcance diferente, el art. 72.5 del mismo texto estatutario.

<sup>36</sup> FF.JJ. 13.º y 118.º a 128.º.

<sup>37</sup> Sólo los estatutos de la Comunidad de Aragón y de las Islas Baleares omiten referencias declarativas en el Título preliminar, regulando, respectivamente, en el Cap. III del Tit. VII y Cap. II del Título VII, las competencias que ejercen interna y externamente con respecto a las funciones de la Unión Europea; algo parecido a lo que hace el EAE en su Cap. III del Tit. V (arts. 69 y 20). El resto de los estatutos acogen ambos tipos de productos normativos: Un artículo declarativo (art. 3.2 EAC, art. 1.4 EAV y art. 1.2 EACL) y un grupo de artículos sobre las *competencias europeas* dentro del título dedicado a las relaciones institucionales de la Comunidad (Cap. II, Tit. V EAC, Tit. VI EAV y Cap. II, Tit. IV EACL).

<sup>38</sup> «España y la Unión Europea son marco de referencia y de actuación de los poderes de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos». Sobre criterios de estricta calidad de técnica jurídica, resulta más claro el precepto dirigido al mismo fin que se incluye en el Estatuto de Cataluña: «Cataluña tiene en el Estado español y en la Unión Europea su espacio político y geográfico de referencia e incorpora los valores, los principios y las obligaciones que derivan del hecho de formar parte de los mismos» (art. 3.2).

las facultades autonómicas en Andalucía en el año 2007 no se definía sólo por su confrontación con las reglas constitucionales, sino que, en virtud de las competencias estatutariamente asumidas, trascendían a la definición normativa y a la articulación de políticas públicas efectuadas por la Unión Europea. Conscientes de esa realidad, la Comunidad Autónoma se comprometía con los valores de la Unión Europea, a colaborar en la consecución de los objetivos de la misma y, entre ellos, con especial atención a la garantía de los derechos derivados de la ciudadanía europea, fuesen o no andaluces sus titulares. La disposición no prefijaba los modos en los que se desarrollaría esa tarea que sólo podría desempeñar de manera conjunta con el Estado, en los términos que fijase el Estatuto y el ordenamiento en general; es decir, no se excluía al Estado central, no se repartían los papeles en el ejercicio de las competencias de origen europeo y se encuadraba el reconocimiento dentro de un artículo en cuyo trasfondo latía el principio de lealtad constitucional.

- 47 Se desconoce con qué intención o criterio se modificó su redacción a través de dos enmiendas procedentes de las filas socialistas. En el Informe de la Comisión de Desarrollo Estatutario del Parlamento de Andalucía se aceptó la enmienda número 297, con la que desaparece del enunciado normativo la mención a «España»<sup>39</sup>, quedando redactado en los términos con los que se traslada el texto de la Proposición de reforma al Congreso de los Diputados<sup>40</sup>. Mientras que en el Congreso de los Diputados, la enmienda núm. 292, anteriormente mencionada, da lugar a la desaparición de las referencias a la «actuación de los poderes»<sup>41</sup>.
- 48 El comentario sistemático de un artículo de un texto normativo no supone el lugar más adecuado para referirse extensamente a aquellas partes desaparecidas del texto. No obstante, en este caso lo que acaba faltando complica la interpretación de la norma. Por un lado, la supresión de la referencia a «España» ofrece la falsa impresión de que la Comunidad Autónoma se incardina directamente y ejerce sus competencias en el seno de las normas y las políticas diseñadas por las instituciones de la Unión Europea. Por otro lado, la desaparición de las ideas de marco de referencia y de actuación de los

<sup>39</sup> La enmienda se localiza en el *BOPA*, núm. 409, 2006, cit., pág. 23122; el Informe de la Ponencia, en *BOPA*, núm. 420, 2006, cit., pág. 23648, y el Dictamen de la Comisión, en *BOPA*, núm. 425, 2006, cit., pág. 23899. A este apartado se presentaron otras dos enmiendas que fueron rechazadas. La enmienda núm. 432 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, que propone suprimir el compromiso del cumplimiento de los objetivos de la Unión Europea, porque entendía que no correspondía tal tarea a Andalucía y podía entrar en conflicto con los objetivos de la propia Comunidad. Y la enmienda núm. 569 del Grupo Parlamentario Popular, que pretendía suprimir la expresión «marco de referencia y actuación» y sustituirla por la de «ámbito de referencia», bajo la justificación de que con ello, como apunta el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, se mejoraba la técnica legislativa, además de que «el término ‘marco’ se emplea habitualmente en consideración normativa (marco constitucional)» y que «ni España ni la Unión Europea son marco o ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma, en virtud del principio de competencia territorial» (*BOPA*, núm. 409, 2006, cit., págs. 23150 y 23176).

<sup>40</sup> «La Unión Europea es ámbito de referencia y de actuación de los poderes de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos».

<sup>41</sup> El Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados procedió a rechazar la enmienda núm. 43 del Grupo Parlamentario Vasco y la núm. 177 del Grupo Parlamentario Popular (*BOCG, Congreso de los Diputados*, serie B, núm. 246-5, 2006, cit., págs. 70 y 115, para el texto de las enmiendas, y *DSCD, Comisiones*, núm. 674, 2006, cit., pág. 29 y ss, para el debate y la aprobación).

poderes de la Comunidad, trastoca la construcción por que se concebía a la Unión Europea como el sitio espacial y competencial en el que terminaba integrada Andalucía.

En la redacción vigente, a partir del enunciado inicial del precepto se desarrolla el resto de sus mandatos; es decir, en la medida en que la Unión Europea se concibe como ámbito de referencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía asume y comparte sus valores, actúa para hacer efectivas las políticas y las normas diseñadas para alcanzar los objetivos europeos y garantiza los derechos de los ciudadanos europeos. Si esta interpretación sucesiva no plantea problemas, la gran dificultad proviene de la concreción de lo que se entienda como «ámbito de referencia», como concepto jurídico indeterminado. Cuando las expresiones «ámbito de referencia» y «ejercicio de facultades estatutarias» aparecían en conexión, según la redacción decidida en el texto de la proposición que sale del Parlamento de Andalucía, se completaban como acciones; la Unión Europea era la frontera competencial última para el ente autonómico, con un ejercicio de facultades marcado por su norma institucional básica. Pero la configuración actual ha difuminado los parámetros de ese entendimiento. 49

La única solución se localiza en la comprensión complementaria de la realidad existente en esta cuestión en el momento de entrada en vigor de la norma estatutaria y las aportaciones que el propio Estatuto realiza a la ordenación de la materia. La Unión Europea se había convertido hacía tiempo en *referencia* o modelo para la Comunidad Autónoma de Andalucía. Es decir, se había transformado en un espacio en el que de manera fluida comienza a intervenir Andalucía como región, bien a través de instrumentos propios (participación en el Comité de las Regiones<sup>42</sup>, con la Delegación Permanente ante la Unión Europea<sup>43</sup>, o la participación de sus representantes en los comités y grupos de trabajo<sup>44</sup>), o de instrumentos en los que predominan los principios de colaboración y cooperación con las instituciones del Estado (la integración como representante autonómico en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea<sup>45</sup>, la participación en la Comisión de Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE) y las comisiones sectoriales, etcétera). De esta manera, nuevamente el Estatuto, a través de su reforma, está dando entrada en su articulado a una realidad, que ya existía en el momento de su elaboración, y está, también, procediendo a dejar abiertas las puertas a los instrumentos que se vayan creando en el futuro en los niveles estatal y europeo. 50

La desaparición de «España» en el proceso de redacción tampoco supone un problema interpretativo grave, porque, como el resto del precepto deja suficientemente claro y el conjunto del articulado estatutario corrobora, las instituciones de la Comunidad de Andalucía no ejercen más funciones que aquellas que la Constitución y 51

---

<sup>42</sup> Arts. 13 y 305 del Tratado de la Unión Europea y art. 239 EAAnd. La representación en el Comité de las Regiones la realiza el presidente de la Junta, como representante general de la Comunidad Autónoma; a este respecto, el EAAnd no ha tomado la misma decisión de incluir expresamente ese deber entre las facultades del presidente de la Comunidad, como ha hecho el art. 61.3 c) EAV.

<sup>43</sup> Creada a través del Decreto 164/1995 de la Junta de Andalucía, y hoy con reconocimiento estatutario en el art. 236.

<sup>44</sup> El nombramiento en este caso se realiza conforme al régimen fijado por la CARCE en el Acuerdo de 9 de diciembre de 2004 (Resolución de 28 de febrero de 2005, en BOE de 16 de marzo). El principio general de participación y parte de sus condiciones se fijan en el art. 234 EAAnd.

<sup>45</sup> Arts. 232 y 234 EAAnd.

el Estatuto les atribuye, y, en consecuencia, se descarta la posibilidad de que el ordenamiento europeo disponga competencias que puedan ejercerse al margen de la voluntad de los órganos centrales del Estado y del derecho interno. El problema sobre la titularidad y el correcto ejercicio de las competencias de origen europeo no se sustancia, como extensamente se explica en los comentarios a los artículos correspondientes de esta obra, en la esfera de la Unión, sino con mayor o menor acierto en la realidad constitucional interna<sup>46</sup>. La vinculación al derecho interno, y sin olvidar que, como ha recordado el FJ 13.º de la STC 31/2010, Andalucía también es Estado, se reiteraba de manera expresa en el artículo que abre el Capítulo 3.º del Título IX: «Las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las instituciones de la Unión Europea se regirán por lo dispuesto en el presente Estatuto y en el marco de lo que establezca la legislación del Estado».

- 52 Una vez solventado el escollo de lo que dice o deja de decir la norma, resulta más sencillo el entendimiento del resto de las reglas en ella contenidas.
- 53 En lo referente a los valores de la Unión Europea, su asunción no supone un sobreesfuerzo a la Comunidad Autónoma de Andalucía en la medida en que se encuentran vigentes en el ordenamiento español, bien en el articulado constitucional, bien en el *corpus* del propio Estatuto de Autonomía. El respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, los principios del Estado de derecho, los derechos humanos y los derechos de las minorías se encuentran en los fundamentos del ordenamiento constitucional y se refuerzan en diversas partes del texto de la norma institucional básica de Andalucía. Como recuerda en uno de sus incisos el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, «estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».
- 54 Lo mismo cabe afirmar sobre la coincidencia entre los objetivos generales de la Unión Europea, recogidos en el art. 3 del Tratado de la Unión Europea, y los objetivos estatutariamente definidos para la Comunidad Autónoma de Andalucía, enumerados en lista no cerrada en el art. 10 de la Norma institucional básica<sup>47</sup>. Aun cuando, como advertía alguna fuerza política en la elaboración del artículo, en ocasiones, en el cumplimiento de esos objetivos pueda aflorar una discrepancia entre las políticas públicas diseñadas para su consecución por las instituciones de la Unión Europea y los intereses específicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Para la solución de estos momentos de contradicción y para la defensa de esos intereses netamente andaluces, deben crearse cauces de participación en los que se expongan los pormenores

<sup>46</sup> Éste ha sido el núcleo de las disputas dilucidadas ante el Tribunal Constitucional (SSTC 252/1988, 79/1992, 80/1993, 102/1995, 98/2001, 96/2002 y 33/2005), en las que la doctrina ortodoxa se recuerda en el FJ 9.º de la STC 236/1991: «Pues bien, así perfilados los términos de esta controversia constitucional, debe señalarse que la traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, criterios que, de no procederse a su revisión por los cauces correspondientes (art. 95.1 de la Constitución), no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias; la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental».

<sup>47</sup> Expresamente, en los párrafos 9.º y 13.º del art. 9.3, se incluyen referencias al marco europeo.

de la realidad y la posición de la Comunidad Autónoma sobre los asuntos que afectan competencial y materialmente a Andalucía, como reclaman los arts. 231, 232, 233, 234, 237 y 238 EAAnd<sup>48</sup>.

Un problema diferente manifiesta una de las vertientes que adquiere el compromiso de la Comunidad Autónoma de *velar* por el cumplimiento de los objetivos de la Unión Europea, en la medida en que supone corresponsabilizarse del cumplimiento y ejecución del derecho y las políticas públicas europeas<sup>49</sup>. A este respecto, la regla tradicional desde la perspectiva del derecho europeo es la de que los Estados miembros debían adoptar las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones la Unión Europea; resultando indiferente en la ejecución la estructura interna del reparto de funciones constitucionalmente establecido en cada Estado miembro<sup>50</sup>. La postura comunitaria se reforzaba internamente a favor de los órganos centrales del Estado al amparo del mandato recogido en el inciso final del art. 93 CE<sup>51</sup>. 55

Ciertamente, se trataba de un problema de funcionamiento constitucional del Estado español, ante la indiferencia de las instituciones y las normas europeas. En este ámbito, la situación ha cambiado y, en la actualidad, las normas europeas, continuando con el respeto de la estructura institucional de cada Estado miembro –aunque sea un tema en el que este comentario no se puede detener–, demuestran una cierta sensibilidad a la división territorial de los mismos<sup>52</sup>. Y también se ha producido un cambio en la esfera del derecho interno, que ha provenido de la nueva configuración estatutaria de las funciones autonómicas en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las políticas dirigidas al cumplimiento de los objetivos de la Unión Europea. En consecuencia, la 56

<sup>48</sup> Llegado el caso, planteando incluso conflicto de naturaleza judicial en defensa de los intereses de la Comunidad Autónoma de Andalucía: «En el marco de la legislación vigente en la materia, la Junta de Andalucía podrá instar al Estado y a las instituciones legitimadas el inicio de acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los intereses de la Comunidad Autónoma» (art. 238.2 EAAnd).

<sup>49</sup> En términos del apartado 3.º del art. 4 TUE: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

<sup>50</sup> Ello queda meridianamente claro en la STJUE de 13 de junio de 2002, caso *Comisión c. España*: «[...] El reparto constitucional de las competencias en distintos niveles territoriales no tiene ninguna incidencia en la apreciación del incumplimiento, al corresponder a los Estados miembros procurar que la observancia de sus obligaciones comunitarias por la autoridades competentes centrales y descentralizadas sea efectiva». En términos parecidos, la anterior STJUE de 6 de julio de 2000, caso *Comisión c. Bélgica*.

<sup>51</sup> «Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

<sup>52</sup> La mención en un inciso del nuevo art. 4.2 TUE a la realidad regional y local de los Estados en el marco del principio de respeto de la «identidad nacional» por las instituciones europeas, el reconocimiento del principio de subsidiariedad en el art. 5.3 y el Protocolo 2.º sobre su aplicación a la toma de decisiones, la concurrencia de los parlamentos nacionales en ciertos actos de la Unión conforme al art. 12 y el Protocolo 2.º, o, entre otros avances destacados por la doctrina, el rol adquirido tras el Tratado de Lisboa por el Comité de las Regiones (CARMONA CONTRERAS, A. M.ª, y PALERMO, F., 2008, pág. 68 y ss; CORTÉS MARTÍN, J. M., 2009, pág. 264 y ss; CHIEFFI, L., 2008, págs. 202-215).

Comunidad Autónoma de Andalucía se ha comprometido estatutariamente a satisfacer ese compromiso, aplicando llegado el caso el derecho comunitario a las materias que se encuentran en la esfera de sus competencias (arts. 42.2.4.º y 235 EAAnd) y gestionando las subvenciones territorializadas (art. 45.2 EAAnd); aunque aceptando, en este contexto, las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional para la realización efectiva de estas tareas<sup>53</sup>.

- 57 Por último, de la misma forma que los valores de la Unión Europea se manifiestan como patrimonio común del constitucionalismo continental, los derechos se erigen en una pieza esencial del Estado democrático de derecho. El compromiso de la Comunidad Autónoma de Andalucía con los derechos, no sólo se deriva del cumplimiento de los mandatos constitucionales, sino que se refuerza en el propio texto estatutario. El art. 9 EAAnd se ha encargado con una proclamación amplia de reconocer que

*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.

- 58 A esa enumeración, evidentemente, cuando los poderes públicos andaluces aplican derechos y políticas europeas, se debe añadir el respeto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, según el Tratado de Lisboa, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y que, además, en el Estado español, conforme a los términos usados por la norma de integración, tiene reconocida un valor similar al que el art. 10 CE atribuye a otras declaraciones de derechos de origen supraestatal<sup>54</sup>. Por lo demás, en consonancia con los valores de la igualdad y del pluralismo reconocidos en la Constitución española y en el art. 1 del propio Estatuto de Autonomía para Andalucía, el párrafo 2.º de este art. 9 asume la garantía del pleno respeto a las minorías que residan en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en consonancia con los valores declarados en el mencionado art. 2 del Tratado de la Unión Europea.
- 59 Los mandatos genéricos se completan con la generosa declaración sobre la titularidad de los derechos estatutarios del art. 12 EAAnd y con la posibilidad de extender la participación política en ciertas modalidades estatutarias a los ciudadanos de la Unión Europea, conforme al art. 30.2 EAAnd.

<sup>53</sup> Además de los términos restrictivos sobre bilateralidad, cooperación y colaboración recogidos en los fundamentos jurídicos 112 y siguientes de la STC 31/2010, el reconocimiento de las facultades estatales de coordinación del ejercicio de las competencias estatutarias (STC 236/1991, por todas) y la facultad de definir y usar los instrumentos que garanticen el correcto cumplimiento de los deberes derivados del derecho y las políticas europeas (SSTC 252/1988 y 33/2005, entre otras).

<sup>54</sup> Art. 6 TUE, en el que se hace referencia a esa integración, respetando la adaptación introducida en la Carta en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007. La integración de la Carta en el ordenamiento español se hace expresamente a través de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

## Artículo 2. Territorio

*El territorio de Andalucía comprende el de los municipios de las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20900])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21056]).

**Artículo 2. Territorio**

*El territorio de Andalucía comprende el de los municipios de las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23663]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23899]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24255]).

**Artículo 2. Territorio**

*El territorio de Andalucía comprende el de los municipios de las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla.*

#### II. CORTES GENERALES

#### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 3]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 199]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 251]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 303]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 90]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

### ***Artículo 2***

*El territorio de Andalucía comprende el de los municipios de las actuales provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla.*

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

País Vasco (art. 2); Cataluña (art. 9); Galicia (art. 2); Principado de Asturias (art. 2); Cantabria (art. 7); La Rioja (art. 2); Murcia (art. 3); Comunidad Valenciana (art. 2); Aragón (art. 2); Castilla-La Mancha (art. 2); Canarias (art. 2); Comunidad Foral de Navarra (art. 4); Extremadura (art. 2.1); Baleares (art. 2); Madrid (art. 2); Castilla y León (art. 2).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

[s/c].



## E. JURISPRUDENCIA

STC 99/1986, FF.JJ. 4.º y 5.º

STC 38/2002, FF.JJ. 6.º

STC 31/2010, FJ 92.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUADO RENEDO, César: *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

ALESSI, Renato: «Intorno alla nozione di ente territoriale», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X (1960), págs. 290-316.

AMATE ÁVILA, María Luisa: «Comentario al art. 2º», en ORTIZ SÁNCHEZ, M. y CARRASCO LÓPEZ, I. (Coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 51-52.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel: «Comentario al art. 2º», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Ministerio para las Administraciones Públicas/Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, págs. 28-32.

DÍEZ-PICAZO, Luis María: «Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos. (Comentario a la STC 99/1986, en el caso del Condado de Treviño)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20 (1987), págs. 139-176.

FOSSAS ESPADALER, Enric: *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comundidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 158 (2002), págs. 51-76.

GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio: *Los procedimientos para la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autonomas*, Cívitas/Universidad de Murcia, Madrid, 1991.

HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. Trad.: FIX-FIERRO, Héctor.

JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz: «Territorio y ciudadanía. Su regulación en el Estatuto vasco», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 11 (1985), págs. 111-132.

JELLINEK, Georg: *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1970. Trad.: DE LOS RÍOS, Fernando.

KELSEN, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979. Trad.: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.

LARUMBE BIURRUM, Pedro María: *El territorio de la Comunidad Autónoma: notas jurídicas*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco, Oñati, 1982.

LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, Jesús: *Tratado de Derecho Autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

LOZANO MIRALLES, Jorge: «Comentario al art. 2», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 59-60.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas (I)*, 2.<sup>a</sup> Ed., Iustel, Madrid, 2007.

NIETO GARCÍA, Alejandro: «Entes territoriales y no territoriales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 64 (1971), págs. 29-51.

PALADIN, Livio: «Il territorio degli enti autonomi», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno XI (1961), págs. 606-690.

REBOLLO PUIG, Manuel: «El Derecho propio de Andalucía y sus fuentes», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Cívitas, Pamplona, 2008, págs. 119-260.

RUIZ ROBLEDO, Agustín: *El ordenamiento jurídico andaluz*, Cívitas, Madrid, 1991.

SAINZ MORENO, Fernando: «Término municipal y dominio marítimo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 112 (1987), págs. 172-210.

SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Trad: BENEYTO, José María.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. FUNCIONES DEL TERRITORIO. C. EL ALCANCE DEL TERRITORIO AUTONÓMICO: EL PROBLEMA DEL MAR TERRITORIAL.

### A. INTRODUCCIÓN

- <sup>1</sup> En Derecho público se emplea el término «territorio» para hacer referencia a la realidad espacial sobre la que se proyecta un poder público. Las comunidades autónomas han sido definidas como «corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política» (STC 25/1981, FJ 3.º). El territorio es, pues, la base sobre la que se constituyen las corporaciones públicas que conocemos como comunidades autónomas. Se trata, por tanto, de un elemento esencial al propio concepto, sin el cual la comunidad sería inimaginable<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> No queremos con ello entrar en el debate acerca del valor del territorio en la distinción entre entes territoriales y no territoriales. Al respecto, pueden verse, entre otros ALESSI, R., 1960, págs. 290-316, PALADIN, L., 1961, págs. 606-690, y NIETO, A., 1971, págs. 29-51.

La delimitación territorial de una comunidad incide directamente sobre su ámbito de autonomía<sup>2</sup>. Tal y como señala el art. 137 CE, las comunidades autónomas «gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». La Constitución presume que el interés de una comunidad, y por tanto su autonomía, gira en torno a un determinado territorio, cuya delimitación, en virtud del art. 147.2 b) CE, se reserva a su Estatuto. De este modo, la delimitación del territorio de la comunidad autónoma debe ser considerada parte del contenido necesario de su Estatuto de autonomía (STC 99/1986, FJ 4.º).

El texto constitucional no recoge un mapa autonómico cerrado. Se concede a las nacionalidades y regiones un derecho a la autonomía que debía ser concretado –normalmente a iniciativa de éstas– a través de un procedimiento basado en el principio dispositivo<sup>3</sup>. Sin embargo, la delimitación territorial de las comunidades autónomas a efectuar por la norma estatutaria quedaba sujeta a los criterios fijados por la Constitución en su art. 143.1. Según este precepto:

En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2º de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.

Ciertamente, las pautas establecidas eran generales y ofrecían en algunos espacios posibilidades diversas de concreción, pero, en cualquier caso, se trataba de límites constitucionales a la definición del territorio autonómico que debían –y aún hoy deben– ser respetados.

Por lo que respecta a Andalucía, esta operación de delimitación territorial se realiza en el art. 2 EAAnd, que dispone, bajo el epígrafe «Territorio», que «El territorio de Andalucía comprende el de los municipios de las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla». El Estatuto no delimita el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía con relación a sus límites geográficos, sino que utiliza para tal fin el territorio ya definido de los entes territoriales que integran necesariamente, según su art. 89.1, su organización territorial: los municipios y provincias. La alusión a los municipios aparece como una concesión a la tradición municipalista de Andalucía. Sin embargo, la referencia clave para la delimitación del territorio la constituyen las provincias de Andalucía, que aparecen citadas en el art. 2 EAAnd en orden alfabético.

Antes de la Reforma, el territorio aparecía regulado, también en el art. 2, con el siguiente tenor literal: «El territorio de Andalucía comprende el de los municipios de las actuales provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla». Una comparación entre la redacción actual del art. 2 EAAnd y la anterior a la reforma arroja como resultado una pequeña modificación. En efecto, en el caso de la anterior redacción del art. 2, el criterio de referencia para la delimitación del territorio de Andalucía venía constituido por «los municipios de las *actuales* provincias de...»,

<sup>2</sup> Véase STC 99/1986, FJ 1.º

<sup>3</sup> Sobre la incidencia del principio dispositivo sobre el territorio de las CC AA, véase FOSSAS ESPADALER, E., 2007, pág. 83 y ss.

mientras que con la reforma se ha suprimido el término «actuales»<sup>4</sup>. Tal supresión dista de ser una mera corrección irrelevante, si la ponemos en relación con la doctrina de la STC 99/1986, sobre modificación del territorio de las comunidades autónomas<sup>5</sup>.

- 6 En efecto, para el Tribunal Constitucional (STC 99/1986, FJ 4.º), cuando el Estatuto de Autonomía alude simplemente a las provincias, sin más,

el territorio de la comunidad autónoma es definido por relación al de los municipios integrados en la provincia o provincias que contribuyen a crear el nuevo ente autonómico (art. 143.1 CE) y acceden así a su autogobierno. Este tipo de delimitación del territorio autonómico [...] supone, en sentido estricto, una definición del ámbito espacial de aplicabilidad de las disposiciones y actos de la comunidad autónoma, mas no una determinación de cuál sea el espacio natural, geográfico, al que desde su entrada en vigor se extienda el Estatuto de autonomía, pues la identificación de los territorios provinciales integrados en la comunidad no es, al mismo tiempo, identificación de los límites geográficos de todos y cada uno de ellos. Puede así decirse que este modo de delimitar el territorio autonómico se actúa mediante normas cuyo objeto no es, en rigor, el territorio mismo, sino el ámbito espacial de aplicación de los actos y disposiciones jurídicas pertenecientes al subsistema normativo de cada comunidad autónoma.

La conclusión que obtiene el Tribunal Constitucional es que

la modificación territorial que no lleve consigo una alteración de la configuración provincial de la comunidad autónoma no entraña, en principio, una revisión formal del Estatuto, ya que, en tanto las provincias subsistan con identidad propia, las alteraciones que puedan experimentar sus territorios, aun cuando supongan también una modificación en el territorio de la comunidad, no implican cambio de contenido en la norma estatutaria (STC 99/1986, FJ 5.º).

- 7 Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que cuando el Estatuto de autonomía utiliza la expresión «las actuales provincias de [...]»,

lo normado no es ya tan sólo el ámbito de aplicabilidad de las disposiciones autonómicas y de los actos de sus órganos, sino el territorio mismo como espacio natural. Se introduce así en el Estatuto una específica garantía territorial mediante la cual los límites geográficos con los que se constituyó al nacer la comunidad autónoma quedan consagrados en su norma institucional básica (STC 99/1986, FJ 4.º).

De este modo, se «impide toda alteración del mismo que no se realice mediante el procedimiento establecido para la revisión del Estatuto, a no ser que en éste se contengan reglas específicas para llevar a cabo dichas alteraciones» (STC 99/1986, FJ 5.º).

## B. FUNCIONES DEL TERRITORIO

- 8 Son aplicables al territorio autonómico las consideraciones efectuadas por SMEND respecto del territorio estatal como factor de integración en una comunidad (SMEND, R., 1985, pág. 104 y ss). En efecto, resulta imprescindible para la solidez de una comunidad

<sup>4</sup> Esta modificación ha pasado inadvertida en otros comentarios al artículo que ahora nos ocupa, en los que se afirma que se mantiene la misma redacción anterior. Véanse los realizados por AMATE ÁVILA, M. L., 2008, pág. 51, o LOZANO MIRALLES, J., 2009, pág. 59.

<sup>5</sup> Sobre esta sentencia puede consultarse Díez-PICAZO, L.M., 1987, págs. 139-176.

jurídicamente organizada la existencia de elementos integradores, que, compartidos por la mayoría de sujetos que la forman, actúen entre ellos como factores de unión y de cohesión. Cuando tales elementos no existen o carecen de la entidad suficiente, tarde o temprano operan sobre la comunidad fuerzas centrífugas con efectos desintegradores. Pues bien, para una comunidad autónoma, su territorio es su primer factor de integración, al operar como rasgo principal de su identidad, hasta el punto de que ésta se llega a identificar, desde ciertas perspectivas, con su territorio.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, debe descartarse, en primer lugar, una interpretación en clave patrimonial de los arts. 147.2.b) CE («La delimitación de *su* territorio») y 2 EAAAnd («El territorio *de Andalucía*»). El territorio no es, por tanto, «dominio» de la Comunidad Autónoma<sup>6</sup>.

Por otra parte, no se debe atribuir a la delimitación del territorio efectos excluyentes respecto de cualquier otro poder público distinto al autonómico. En un Estado complejo como el nuestro, el poder estatal, destinado a operar sobre el total del territorio nacional, aparece dividido en distintas instancias o niveles, que, a los efectos que ahora interesan, serían los poderes centrales, autonómicos y locales. Los poderes correspondientes al nivel inferior actúan siempre sobre un territorio que comparten con el de nivel superior, articulando sus funciones sobre la base de un reparto de competencias previamente establecido entre ellos. De este modo, la delimitación del territorio de una comunidad no persigue la exclusión respecto del mismo de los poderes locales –por debajo– y centrales –por arriba–. Sí es, sin embargo, operativa con efectos excluyentes frente a otros poderes autonómicos y otros poderes locales situados en el territorio de otras comunidades autónomas. Las excepciones a este principio de territorialidad –posibles– deben sin embargo estar justificadas.

Según el art. 137 CE, «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan». De este modo, la aparición de las comunidades autónomas responde a la necesidad histórica de dar solución al problema de la organización del poder, siendo el territorial un criterio idóneo para este fin. El territorio es utilizado por la Constitución como un criterio básico de referencia para un reparto racional del poder. Aquí radica, pues, su principal función desde un punto de vista jurídico. La relevancia jurídica del territorio consiste, ante todo, en actuar como ámbito espacial de validez de un ordenamiento, esto es, para el ejercicio de las potestades públicas por parte de unos poderes<sup>7</sup>. Es en este sentido en el que se debe interpretar el cuerpo principal de los arts. 7 EAAAnd («Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio») y 43.1 EAAAnd («El ejercicio de las competencias autonómicas desplegará su eficacia en el territorio de Andalucía...»). En esta operación, el territorio queda, a su vez, investido de los valores y principios jurídicos que operan en su respectivo ordenamiento<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> En el ámbito de la Teoría general del Estado, véase sobre este argumento JELLINEK, G., 1970, págs. 298-299.

<sup>7</sup> En palabras de KELSEN referidas al Estado, pero aplicables a las CC AA, «el territorio del Estado no es en realidad sino el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado. Estos órdenes normativos designados como Estados, se caracterizan precisamente por el hecho de que sus ámbitos espaciales de validez se encuentran limitados» (KELSEN, H., 1979, pág. 247).

<sup>8</sup> En relación con el Estado, véase este argumento en HÄBERLE, P., 2001, pág. 25.

- 12 Como cuestión distinta de la anterior, aunque íntimamente conectada con ella, debe destacarse que el territorio es utilizado también por el Estatuto de Autonomía para Andalucía como criterio de conexión necesario para situar una materia en el ámbito de influencia de los poderes autonómicos a través del título competencial. En este sentido, resulta inherente a la propia distribución territorial del poder el que los poderes territoriales sólo puedan ejercer sus potestades sobre personas u objetos respecto de los que se aprecie una conexión relevante con el territorio de la Comunidad Autónoma.
- 13 Finalmente, el territorio se utiliza también por la norma estatutaria como factor clave en la delimitación de las personas titulares de los derechos reconocidos en el Estatuto de Autonomía, así como de los destinatarios de las políticas públicas andaluzas. Para ello, el Estatuto utiliza distintos criterios de conexión con el territorio, en función de la materia tratada. Entre ellos destaca como el principal la atribución de la condición política de andaluz o andaluza a «los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía» (art. 5.1 EAAAnd). Ellos son considerados, con carácter general, destinatarios de las políticas públicas y titulares de los derechos y deberes contenidos en el Título Primero del Estatuto, tal y como se establece en el art. 12 EAAAnd<sup>9</sup>.

### C. EL ALCANCE DEL TERRITORIO AUTONÓMICO: EL PROBLEMA DEL MAR TERRITORIAL

- 14 El principal problema que ha suscitado la interpretación de las normas estatutarias delimitadoras del territorio autonómico, especialmente en el caso de las comunidades autónomas con litoral, como Andalucía, ha girado en torno a su posible extensión, más allá de la superficie terrestre, hacia las profundidades terrestres, el espacio aéreo y, muy especialmente, el mar.
- 15 La doctrina se ha mostrado uniforme a la hora de incluir el subsuelo y el cielo como elementos del territorio autonómico (MUÑOZ MACHADO, S., 2007, pág. 232; RUIZ ROBLEDO, A., 1991, págs. 101-102; JÁUREGUI BERECIARTU, G., 1985, pág. 116). Sin embargo, respecto de la extensión al mar territorial el debate ha sido mayor, circunstancia favorecida por una doctrina del Consejo de Estado y una jurisprudencia del Tribunal Supremo que resultan en realidad inaplicables al problema que nos ocupa, y otra del propio Tribunal Constitucional, como veremos discutible<sup>10</sup>.
- 16 En efecto, según una consolidada –y antigua– doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, el mar territorial no forma parte del territorio de los municipios<sup>11</sup>. En la medida en que el territorio de la comunidad se define por relación con el de los municipios de las provincias que la integran, se podría deducir de aquí que el territorio autonómico no comprende el mar territorial<sup>12</sup>. Sin embargo, no parece que un problema

<sup>9</sup> Al respecto, véanse también, a modo de ejemplo, los arts. 5.2, 6 y 9.1 EAAAnd.

<sup>10</sup> En contra de la inclusión del mar territorial en el territorio autonómico, LASAGABASTER HERRARTE, I., 1982, pág. 182; SÁINZ MORENO, F., 1987, pág. 189 y ss; RUIZ ROBLEDO, A., 1991, pág. 100.

<sup>11</sup> Véase, en este sentido, SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 1998, 4 de febrero de 1987 o 20 de septiembre de 1984. La doctrina del Consejo de Estado es la establecida en sus dictámenes de 10 de mayo de 1952 y 14 de febrero de 1957.

<sup>12</sup> En contra de esta tesis, RUIZ ROBLEDO, A., 1991, págs. 98-99.

interpretativo acerca de un precepto de un Estatuto de autonomía, de tanta relevancia para la organización territorial del Estado y para las comunidades autónomas, pueda ser resuelto satisfactoriamente sobre la base de una doctrina cuyos orígenes se remontan a mediados del siglo pasado y que fue elaborada principalmente para dar respuesta a un problema puntual en materia urbanística, sobre a quién correspondía otorgar la licencia de obras cuando éstas se llevan a cabo en el mar territorial. La respuesta a esta cuestión debe ser ofrecida en la actualidad por las normas que regulan el reparto de competencias entre los distintos poderes, y no a través del expediente consistente en excluir el mar territorial del territorio municipal.

La posición del Tribunal Constitucional sobre la cuestión ofrece numerosas sombras. Es en la STC 38/2002 (FJ. 6.º), donde el Tribunal parece abordar por primera vez este asunto de manera directa. Así, se puede leer allí: «es llegado el momento de determinar si, como aduce el abogado del Estado, las competencias autonómicas carecen de virtualidad en dicho espacio por razón de extraterritorialidad, es decir, por proyectarse en unos límites físicos que no forman parte del territorio autonómico». Para ello, tras reiterar su jurisprudencia sobre la importancia del territorio como elemento definidor de las competencias autonómicas, recuerda el Tribunal Constitucional la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado antes citada sobre puertos y zona marítimo-terrestre, en lo que supone de afirmación de la división de todo el territorio nacional en términos municipales y de inexistencia de espacios territoriales excluidos de ellos. Para el Tribunal Constitucional, «la misma doctrina hay que aplicar a la división del territorio nacional en comunidades autónomas (art. 137 de la Constitución), máxime cuando esa división del territorio nacional es ahora total».

Sin embargo, cuando llega la hora de aplicar esta doctrina al mar territorial, el Tribunal Constitucional, en vez de concluir lógicamente su pertenencia al territorio de la comunidad, da un salto en su argumentación y lo que era un discurso expresado en términos estrictamente territoriales, pasa a convertirse en una confusa disquisición sobre competencias. Así, el Tribunal dice:

Distinto es el caso del mar territorial. En el mar territorial excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad ésta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario (vertidos industriales o contaminantes en aguas territoriales, salvamento marítimo: art. 17.6 y 11 EEAA) bien de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad (acuicultura: STC 103/1989, de 8 de junio; ordenación del sector pesquero: STC 158/1986, de 11 de diciembre; marisqueo: STC 9/2001, de 18 de enero).

Este fragmento ha sido mayoritariamente interpretado como exclusión por el Tribunal Constitucional del mar territorial del territorio autonómico<sup>13</sup>. Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal nunca llega a realizar tal afirmación, sino que se limita ambiguamente a decir que su caso es «distinto», sin explicar ni justificar por qué y en qué medida. Deja, de este modo, sin responder expresamente la cuestión relativa a la extensión del territorio autonómico al mar territorial.

<sup>13</sup> Véase en este sentido la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de julio de 2008, en su fundamento de derecho tercero y siguientes. En la doctrina, LOZANO MIRALLES, J., 2009, pág. 60; REBOLLO PUIG, M., 2008, pág. 144.

- 20 Será en la STC 31/2010 (FJ 92.º) cuando el TC se sirva de las consideraciones arriba reproducidas de la STC 38/2002, al hilo del control de la constitucionalidad de la competencia de la Generalitat de Cataluña sobre concesiones de obras fijas en el mar, para indicar de forma expresa –e innecesaria para su argumentación– que el mar territorial no tiene la condición de territorio autonómico:

Por tanto no es posible descartar la existencia de obras fijas situadas en el mar que se proyecten sobre las aguas de la zona marítimo-terrestre (territorio autonómico) o sobre el mar territorial (que no tiene tal condición) y que tengan como referencia, en ambos casos, competencias de las Comunidades Autónomas en los términos estrictos antes señalados, siendo entonces legítima la previsión del precepto estatutario impugnado que atribuye la competencia ejecutiva a la Generalitat, pero sometiéndola, como reza el encabezamiento del precepto, al «régimen general del dominio público», cuyo establecimiento corresponde al Estado, y a «las excepciones que puedan establecerse por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición», excepciones estas últimas que también deben ser fijadas por el Estado ex art. 149.1.23ª CE.

- 21 La Constitución no permite sostener, una vez que todo el territorio nacional se encuentra ya organizado en comunidades autónomas, que una determinada parte del mencionado territorio –concretamente la relativa al mar territorial– no ha participado de dicho proceso de organización del poder. Por un lado, no es éste el sentido del art. 132.2 CE, según el cual «Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental»<sup>14</sup>. La calificación de un bien como de dominio público estatal no es incompatible con su ubicación dentro del territorio de las comunidades autónomas, del mismo modo que los bienes de dominio público –y patrimoniales– de titularidad autonómica se encuentran necesariamente en territorio estatal (MUÑOZ MACHADO, S., 2007, pág. 230; RUIZ ROBLEDO, A., 1991, pág. 101). Se trata de conceptos que operan en ámbitos distintos y, por tanto, no excluyentes. Como establece el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, FJ 14.º),

la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares.

- 22 Por otra parte, la delimitación del territorio autonómico carece, en sí misma, de efectos en el plano dominical. Por el contrario, como hemos señalado, responde a un modelo de organización territorial del poder, previsto con carácter general en el art. 137 CE, y, por tanto, busca exclusivamente definir el espacio en el que los poderes públicos autonómicos pueden ejercer sus competencias legítimamente. Dicho de otro modo, la cuestión del territorio de las comunidades autónomas no es un problema de propiedad,

<sup>14</sup> En contra, LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J., 2005, pág. 40.



sino de competencias. En este orden de cosas, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional el que

la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad (STC 149/1991, FJ 1.º c).

Desde una perspectiva estrictamente competencial, ninguno de los títulos que el art. 149.1 CE reserva con exclusividad al Estado se basa en un criterio territorial. Podría sostenerse que el territorio de las comunidades autónomas no alcanzaría el mar territorial si la Constitución reservara al Estado la competencia exclusiva sobre el mismo, pero tal cosa no sucede. El Estado puede ejercer determinados títulos competenciales sobre el mar territorial, pero lo mismo ocurre con las comunidades autónomas, tal y como, por lo demás, reconoce el TC en las sentencias 38/2002 y 31/2010, anteriormente citadas. No queda en ellas aclarado en qué radica la «excepcionalidad» que predica de esta circunstancia, toda vez que, en realidad, el ejercicio de una competencia por una comunidad autónoma requiere siempre un expreso reconocimiento estatutario o se deriva de la naturaleza de la competencia, interpretada en el marco del bloque de la constitucionalidad. <sup>23</sup>

La calificación de las competencias que las comunidades pueden ejercer en el mar territorial como supuestos de extraterritorialidad, a la que apunta el TC, no se sostiene. Como hemos indicado, una comunidad autónoma sólo puede ejercer sus competencias sobre un objeto que posea un vínculo suficiente con su territorio. El problema de la extraterritorialidad no es el de la posibilidad de ejercicio de competencias por una comunidad autónoma sobre objetos carentes de relación con su territorio. Éste sería el planteamiento de quienes defienden que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico. Por el contrario, aborda la extensión, más allá del territorio autonómico, del alcance de la eficacia de las normas y actos aprobados por los poderes autonómicos respecto de objetos que guardan una conexión jurídicamente relevante con el territorio de la comunidad. En estas condiciones, resulta más rebuscado afirmar que los títulos competenciales autonómicos que habilitan la actuación de la comunidad autónoma sobre el mar territorial son supuestos de extraterritorialidad, que reconocer que éste forma parte también de su territorio (MUÑOZ MACHADO, S., 2007, pág. 231). La cuestión del territorio autonómico encierra un problema estrictamente competencial, al responder a la necesidad de organizar territorialmente los poderes del Estado, entendido éste en su concepción global. Por tanto, el reconocimiento de competencias a las comunidades autónomas sobre el mar territorial supone que éste forma parte también de su territorio<sup>15</sup>. <sup>24</sup>

Posiblemente, en el fondo de este debate se encuentre la intención, por parte de quienes niegan que el territorio autonómico se extienda hasta el mar territorial, de no introducir confusión en orden a las competencias estatales soberanas que se ejercen en <sup>25</sup>

---

<sup>15</sup> A la misma conclusión podemos llegar, por tanto, respecto de la zona económica y de la plataforma continental, en la medida en que sobre estos espacios se proyecte la soberanía española. Al respecto, JÁUREGUI BERECIARTU, G., 1985, pág. 116; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., 2002, págs. 57-58.

estos espacios<sup>16</sup>. Sin embargo, se ha señalado acertadamente que tal preocupación no tiene en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con la impenetrabilidad predicada del territorio estatal frente al exterior por la Teoría general del Estado, el de las comunidades autónomas es siempre penetrable por aquél, al ser al mismo tiempo territorio estatal (MUÑOZ MACHADO, S., 2007, pág. 231). Así pues, se debe entender que la Constitución, a la hora de definir las competencias exclusivas del Estado, tuvo en suficiente consideración la salvaguarda de los peculiares intereses generales que pudieran existir en relación con estas zonas, sin que se estimara entonces necesaria su exclusión de las disposiciones generales relativas a organización territorial del Estado.

---

<sup>16</sup> Este mismo argumento fue el que sirvió para rechazar la inclusión, en el Estatuto de 1981, de una cláusula que incluyera expresamente en el territorio andaluz las correspondientes porciones aéreas y marítimas del territorio nacional (CLAVERO ARÉVALO, M., 1987, pág. 32).

**Artículo 3. Símbolos**

*1. La bandera de Andalucía es la tradicional formada por tres franjas horizontales —verde, blanca y verde— de igual anchura, tal como fue aprobada en la Asamblea de Ronda de 1918.*

*2. Andalucía tiene escudo propio, aprobado por ley de su Parlamento, en el que figura la leyenda «Andalucía por sí, para España y la Humanidad», teniendo en cuenta el acuerdo adoptado por la Asamblea de Ronda de 1918.*

*3. Andalucía tiene himno propio, aprobado por ley de su Parlamento, de acuerdo con lo publicado por la Junta Liberalista de Andalucía en 1933.*

*4. El día de Andalucía es el 28 de Febrero.*

*5. La protección que corresponde a los símbolos de Andalucía será la misma que corresponda a los demás símbolos del Estado.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20901])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21056]).

**Artículo 3. Símbolos**

*1. La bandera de Andalucía es la tradicional formada por tres franjas horizontales —verde, blanca y verde— de igual anchura, tal como fue aprobada en la Asamblea de Ronda de 1918.*

*2. Andalucía tiene escudo propio, aprobado por ley de su Parlamento, en el que figura la leyenda "Andalucía por sí, para España y la Humanidad", teniendo en cuenta el acuerdo adoptado por la Asamblea de Ronda de 1918.*

*3. Andalucía tiene himno propio, aprobado por ley de su Parlamento, de acuerdo con lo publicado por la Junta Liberalista de Andalucía de 1933.*

*4. El día de Andalucía es el 28 de Febrero.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23648]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23900]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24256]).

### **Artículo 3. Símbolos**

1. La bandera de Andalucía es la tradicional formada por tres franjas horizontales –verde, blanca y verde– de igual anchura, tal como fue aprobada en la Asamblea de Ronda de 1918.

2. Andalucía tiene escudo propio, aprobado por ley de su Parlamento, en el que figura la leyenda "Andalucía por sí, para España y la Humanidad", teniendo en cuenta el acuerdo adoptado por la Asamblea de Ronda de 1918.

3. Andalucía tiene himno propio, aprobado por ley de su Parlamento, de acuerdo con lo publicado por la Junta Liberalista de Andalucía de 1933.

4. El día de Andalucía es el 28 de Febrero.

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 3]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 194]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 251]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 303]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 90]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### **Artículo 6**

1. *La Bandera de Andalucía es la tradicional formada por tres franjas horizontales –verde, blanca y verde– de igual anchura, tal como fue aprobada en la Asamblea de Ronda en 1918.*
2. *Andalucía tiene himno y escudo propios, que serán aprobados definitivamente por Ley del Parlamento Andaluz, teniendo en cuenta los acuerdos dictados sobre tales extremos por la Asamblea de Ronda de 1918.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 5); Cataluña (art. 8); Galicia (art. 6); Principado de Asturias (art. 3); Cantabria (art. 3); La Rioja (art. 3); Murcia (art. 4); Comunidad Valenciana (art. 4); Aragón (art. 3); Castilla-La Mancha (art. 5); Canarias (art. 6); Comunidad Foral de Navarra (art. 7); Extremadura (art. 4); Baleares (art. 6); Madrid (art. 4); Castilla y León (art. 6).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 3/1982, de 21 de diciembre, sobre el Himno y el Escudo de Andalucía.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 94/1985, FJ 10.º

STC 119/1992, FJ 1.º

STC 31/2010, FJ 12.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUDO ZAMORA, Miguel: «La bandera andaluza como tótem: algunas notas sobre su función simbólica», en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (Coord.): *La conquista de la autonomía. Jornadas de Estudios Organizadas por el Parlamento de Andalucía en el XX Aniversario del Estatuto*, Parlamento de Andalucía-Comares, Granada, 2003, págs. 93-104.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (Coord.): *El himno como símbolo político*, Universidad de León, León, 2008.

ANTEQUERA LUENGO, Juan José: *El 'escudo' de Andalucía. Vigencia de la Heráldica*, FacEdiciones, Sevilla, 2008.

CASSIRER, ERNST: *Filosofía de las formas simbólicas*, FCE, México, 1979.

HIJANO DEL RÍO, Manuel, y RUIZ ROMERO, Manuel: *El Ideal Andaluz en la II República. La Asamblea Regional Andaluza de 1933*, Sevilla, Fundación Blas Infante, 1995.

INFANTE PÉREZ DE VARGAS, Blas: «Las insignias de Andalucía», en *Revista Andalucía*, núm. 173 (1919) [ahora en su Antología de textos, edición de Manuel Ruiz Lagos, Fundación Blas Infante, Sevilla, 1983, págs. 145-151].

LACOMBA ABELLÁN, Juan Antonio: *Regionalismo y autonomía en la Andalucía contemporánea (1835-1936)*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, Granada, 1988.

ORTIZ DE LANZAGORTA, José Luis: *Símbolos de Andalucía. Un nombre, una bandera, un grito, un estatuto*, Astigitana, Sevilla, 1977.

REPISO RODRÍGUEZ, Fernando: *Símbolos y Derechos Andaluces*, Grupo Andaluz de Ediciones Repiso Lorenzo, Sevilla, 1980.

RUIZ ROBLEDO, Agustín: «Una mirada casi herética al andalucismo histórico», en *Revista de Estudios Regionales*, núm. 27 (1990), págs. 137-154.

—: *La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos*, Parlamento de Andalucía-Comares, Granada, 2003.

—: *La elaboración del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía en sus documentos*, Centro de Publicaciones no Oficiales del Parlamento de Andalucía-Comares, Granada, 2007.

RUIZ ROMERO, Manuel: «Los símbolos institucionales de Andalucía (1918-1982): de la marginalidad al pleno reconocimiento institucional», Recurso electrónico, Universidad de Sevilla, 2006. [<http://congreso.us.es/congresorrpp/iiManuel%20Ruiz.pdf>, 20.2.2011]

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO.  
C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO.

### A. INTRODUCCIÓN

- <sup>1</sup> Todos los actores políticos que en los años setenta defendieron la autonomía de Andalucía tenían muy claro que, si los andaluces queríamos reconocernos como grupo diferenciado, necesitábamos unos símbolos para identificarnos tanto hacia el interior, hacia nosotros mismos, como hacia el exterior, en relación con los demás españoles. Por eso, la bandera blanca y verde fue apareciendo en todas las manifestaciones ilegales de aquellas fechas, incluso se organizaron despliegues de la bandera en monumentos y edificios públicos que los bomberos retiraban luego disciplinadamente<sup>1</sup>, hasta que no sólo fue legalizada, sino que los propios ayuntamientos predemocráticos –o directamente franquistas– comenzaron a hacerla suya entre 1976 y 1977, hasta el extremo de que las diputaciones, organizadas en una Comisión Promotora del Ente Regional para Andalucía, la eligieron como símbolo en su reunión de Córdoba del 28

<sup>1</sup> Los bomberos y no la policía, al menos en Granada y en las acciones en las que como militante del PSA participé en 1976; si se me permite acudir a mi memoria personal, reforzada por algunas fotos que todavía conservo.

de septiembre de 1976<sup>2</sup>. Carlos Cano la cantó con versos afortunados y varios eruditos difundieron los símbolos que habían sido elegidos por Blas Infante y los suyos a lo largo del siglo XX (por todos, ORTIZ DE LANZAGORTA, J. L., 1977; REPISO RODRÍGUEZ, F., 1980). En un plazo cronológico breve, la inmensa mayoría de los andaluces se identificó con una bandera conocida previamente por muy pocos<sup>3</sup>, poniéndose así de relieve la aguda descripción de Ernst Cassirer del hombre como un animal simbólico que necesita sentirse integrado en una sociedad (CASSIRER, E., 1979).

Lógicamente en los primeros proyectos de Estatuto de Autonomía que por aquellas fechas presentaron los partidos políticos casi todos incluyeron la bandera, si bien ninguno el escudo y el himno<sup>4</sup>. Por eso, no es extraño que el art. 6 del Estatuto de 1981, haciéndose eco de esos textos y usando la autorización del art. 4.2 de la Constitución para que los textos institucionales de las comunidades reconocieran banderas y enseñas propias, describiera la bandera pero remitiera a la ley la concreción del escudo y el himno. La Ley 3/1982, de 21 de diciembre, desarrolló rápidamente ese artículo estatutario, fijando así con claridad los tres grandes símbolos de la Comunidad encargados de realizar –usando las palabras del Tribunal Constitucional– tanto una «función significativa integradora», como «una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles»<sup>5</sup>.

Además de estos símbolos estatutarios, en los albores de la autonomía se incorporó a la vida política andaluza un cuarto símbolo: Blas Infante, declarado «padre de la patria» por el Pleno del Parlamento de Andalucía en su sesión de los días 13 y 14 de abril de 1983 y luego ampliamente referenciado –no siempre con exactitud– en el Preámbulo del actual Estatuto de 2007. La importancia simbólica de Infante es extraordinaria porque su vida –y su muerte– le dan una dimensión especial: mientras que la bandera, el escudo y el himno son lo que podríamos llamar símbolos estáticos, representaciones de Andalucía, Blas Infante es un símbolo dinámico, que representa la lucha por la autonomía. Por eso, al convertir en símbolo de toda la Comunidad Autónoma a quien en un principio lo era sólo de un partido, se está señalando que toda la sociedad andaluza es partidaria de la autonomía.

---

<sup>2</sup> Las actas de las reuniones de la Comisión Promotora del Ente Regional para Andalucía las publicó la propia Diputación de Córdoba en RODRÍGUEZ ALCALDE, J. J., 1978, pág. 1 y ss. A pesar del acuerdo de Córdoba sobre la bandera, el Proyecto de Bases Estatutarias de la Mancomunidad Interprovincial de Andalucía, redactado por esta Comisión, no incluye ninguna referencia a los símbolos. Por otra parte, hay que recordar que los incidentes de la manifestación del 4 de diciembre de 1977 en Málaga, que desembocaron en la luctuosa muerte de José Caparrós, se iniciaron por la negativa de la Diputación de Málaga a izar la bandera andaluza en la fachada de su sede.

<sup>3</sup> Este cambio espectacular lo ha explicado con detalle RUIZ ROMERO, M., 2006, pág. 2 y ss.

<sup>4</sup> El primer «Anteproyecto» que se presentó fue el de Alianza Socialista de Andalucía, en mayo de 1976, que se limitaba a señalar «La región adoptará sus propios símbolos y distintivos». A éste le siguieron un aluvión de textos partidarios que ya sí adoptaban la blanquiverde: UCD, PSOE (éste sin ninguna referencia a los símbolos), PCE, MCE, etc. Pueden consultarse en RUIZ ROBLEDO, A., 2003, pág. 25 y ss.

<sup>5</sup> STC 94/1985 (FJ 10.º). Sobre ella y otros múltiples aspectos que aquí se tratan, véanse AGUDO ZAMORA, M., 2003, pág. 93 y ss, y ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., 2008, pág. 7 y ss.

## B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO

- 4 La elaboración del artículo que recoge los símbolos de Andalucía tuvo una secuencia de consenso y fricción similar a la que tuvo el Preámbulo, analizada en otro lugar de esta obra, precisamente, por un motivo similar: si en el Preámbulo se produjo un fuerte enfrentamiento por culpa de la inclusión en el texto de la expresión «realidad nacional», que usara Blas Infante en 1919, era lógico que esta disputa tuviera su corolario a la hora de definir el art. 3: ¿debía titularse «Símbolos» o habría que añadirle el calificativo de «Símbolos nacionales»? En el aspecto formal, el art. 3 también mantuvo la lógica del Preámbulo (y en general, de todo el Estatuto), que podríamos llamar el detallismo sesquipedálico, de tal forma que el texto de dos apartados y sesenta y tres palabras del Estatuto de 1981 pasa en 2007 a cinco apartados y ciento veintitres palabras. Así, ya en el primer Informe de la Ponencia se acordó que deberían desarrollarse las referencias al himno y al escudo, incorporando la descripción que de ellos se hace «en las correspondientes leyes aprobadas en su día por el Parlamento de Andalucía»<sup>6</sup>.
- 5 Si los cuatro partidos discreparon en el Parlamento de Andalucía sobre el Preámbulo hasta el punto de presentar cada uno su propio texto, en el caso del art. 3, sólo presentaron enmiendas a la proposición de reforma, elaborada en febrero de 2006 por el PSOE e IU, el PA y la propia IU; de tal modo que los dos partidos mayoritarios mantuvieron el texto original sin calificar de «nacionales» los símbolos de Andalucía y sin alterar –como quería el PA– el día de Andalucía, que, en opinión de los andalucistas, debería de ser el 4 de diciembre, para recordar las grandes manifestaciones proautonómicas que se celebraron ese día del año 1977 en todas las capitales. Tampoco tuvieron éxito en el Congreso de los Diputados las enmiendas de IU y el PA (éste por vía del PNV) para añadir «nacionales». Sí que se hizo una pequeñísima corrección gramatical, por la que se cambió un inadecuado «de» por un «en» del apartado tercero, y se introdujo un nuevo apartado quinto para atribuir la misma protección a los símbolos andaluces que a los «demás símbolos del Estado», copiando el tenor literal del art. 8.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que en parte (refiriéndose sólo al ámbito penal) ya estaba en la Ley 3/1982 del Parlamento de Andalucía. Curiosamente, el PA ya había hecho una propuesta en ese sentido en el Parlamento de Andalucía<sup>7</sup> que no fue aceptada en Sevilla, pero sí parcialmente asumida en el Informe de la Ponencia conjunta (*BOCG-Congreso de los Diputados, VIII Legislatura*, Núm. 246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 199). La nueva redacción, que equiparaba la protección de los símbolos andaluces a los estatales, le pareció insuficiente al PA que deseaba –desbordando claramente el sistema constitucional de distribución de competencias– que además la regulación de esa protección la fijara una ley autonómica, por lo que volvió a presentar su texto original como enmienda en el Senado (esta vez con la intercesión de Coalición Canaria), pero no fue admitida, ya que, como es sabido, en la Cámara alta no se aceptó

<sup>6</sup> Pág. 12 del Informe de la Ponencia, que cito, igual que las siguientes referencias, por RUIZ ROBLEDÓ, A., 2007, pág. 580. La Ponencia no estuvo muy afortunada al usar el plural al referirse a la legislación que regula el himno y el escudo porque en realidad sólo se ha aprobado una ley, la Ley 3/1982, de 21 de diciembre, sobre el Himno y el Escudo de Andalucía.

<sup>7</sup> Enmienda núm. 11 (*BOPA*, núm. 409, VII Legislatura, de 31 de marzo de 2006), luego repetida en el Congreso, enmienda 46 (*BOCG-Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, de 13 de septiembre de 2006, núm. 246-5, pág. 71). El texto de las dos enmiendas es el siguiente: «La protección que corresponde a los símbolos de Andalucía será la misma que corresponda a los símbolos del Estado. Una ley del Parlamento regulará el uso, protección y preservación de los símbolos de Andalucía».



ninguna enmienda de CC, por lo demás el único grupo enmendante. En ningún momento se admitió la propuesta de Izquierda Unida de denominar al himno con un título específico, el del primer verso del estribillo, «Andaluces levantaos», negativa que en mi opinión fue muy lógica pues el himno de Andalucía es denominado por el común de los ciudadanos «Himno de Andalucía».

### C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO

El primer apartado del art. 3 del Estatuto de 2007 reproduce *ad pedem litterae* la <sup>6</sup> descripción de la bandera blanquiverde que hacía el de 1981, de tal forma que se vuelve a decir que fue adoptada por «la Asamblea de Ronda de 1918», suprimiendo el adjetivo con el que siempre llamaron a esta Asamblea Blas Infante y los suyos: Asamblea Regionalista. Dejando al margen la pequeña inexactitud histórica, sin duda la especificación del momento de la adopción de la bandera es una forma sutil de demostrar la antigüedad de la reivindicación de la autonomía en Andalucía, con un origen muy cercano cronológicamente a la de los movimientos de las tres nacionalidades de Galeusca, aunque su importancia política y social para nada fuera similar<sup>8</sup>. Precisamente, el propio Blas Infante fue el mejor cronista de la reunión de enero de 1918 y me parece interesante reproducir aquí sus palabras porque son un foco de luz sobre, al menos, tres temas no siempre claros historiográficamente: a) el título exacto de la reunión, b) la variedad de adjetivos que Infante usaba a la hora de caracterizar a Andalucía y a su propio movimiento político, no importándole usar en la misma frase «regionalista», «nacional» y «nacionalidad», c) su deseo de enlazar con el pasado, muy especialmente con el pasado árabe. Así lo contó en «Las insignias de Andalucía»:

En la Asamblea Regionalista de Ronda, confirmada en sus acuerdos por los actos generales posteriores, se hubo de votar para Andalucía, como bandera nacional, la blanca y verde (tres franjas horizontales de igual medida: la blanca central y las dos verdes en los extremos), y como escudo de nuestra nacionalidad, el escudo de la gloriosa Cádiz, con el Hércules, ante las columnas, sujetando los dos leones; sobre las figuras, la inscripción latina, en orla: «Dominator Hercules Fundator». A los pies del Hércules, esta leyenda que resume la aportación de Hércules andaluz a la superación mundial de las fuerzas de la Vida: "Bética-Andalus". Este escudo deberá ser orlado por el lema del Centro Andaluz: «Andalucía para sí, para España y la Humanidad», por haber sido el Centro Andaluz la Institución que ha venido a desenterrar en la Historia los valores espirituales andaluces en lo Pasado; entroncar el Pretérito andaluz con lo Presente y a fijar las normas de su continuidad en lo Porvenir [...] Los regionalistas o nacionalistas andaluces nada vinimos a inventar: nos hubimos de limitar, simplemente a reconocer en este orden lo creado por nuestro pueblo, en justificación de nuestra Historia<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> He tenido ocasión de estudiar esas diferencias, no siempre tomadas en cuenta por la historiografía sobre el andalucismo, en RUIZ ROBLEDO, A., 1990, pág. 137 y ss.

<sup>9</sup> INFANTE PÉREZ DE VARGAS, B., 1983, pág. 146. En este texto, escrito en 1919, Infante da su conocida versión sobre los colores de la bandera, los «preferidos por nuestros padres»: verde por «las sierras y campiñas», blanca por «los limoneros en flor» y por el blanco de «las villas y antiguas ciudades». También porque el blanco y el verde simbolizan, respectivamente, la «pureza» y la «esperanza». En los varios textos que he consultado sobre esta opinión de Blas Infante no se reproduce el críptico párrafo en que da esta interpretación: «La bandera blanca y verde, enseña de esa pureza y de esta esperanza,

- 7 El Estatuto de 1981 remitía a la ley la concreción del escudo y el himno de Andalucía, si bien le ordenaba que tuviera en cuenta «los acuerdos dictados sobre tales extremos por la Asamblea de Ronda de 1918». Además de la desaparición del adjetivo «Regionalista», que ya se ha comentado, este texto cometía otra inexactitud: en 1918 no se adoptó ningún acuerdo sobre el himno, como es fácil de colegir leyendo el texto de Blas Infante transcrito más arriba<sup>10</sup>. Los redactores de la proposición de reforma de 2006 sintieron la necesidad de suprimir este error historiográfico y separaron en dos apartados las referencias al escudo y el himno, que ahora debería de regularse de «acuerdo con lo publicado por la Junta Liberalista de Andalucía en 1933». En cuanto al escudo, el nuevo Estatuto añade al mandato del de 1981 de regularlo siguiendo lo acordado en Ronda en 1918 la leyenda «Andalucía por sí, por España y la Humanidad».
- 8 Sin duda, 2007 ya no era el momento de intentar, como se intentó en 1933, cambiar un escudo que ha sido objeto de múltiples críticas desde el punto de vista heráldico<sup>11</sup> y que lo más favorable que se puede decir de él son las palabras del Preámbulo de la Ley de 3/1982: «su valor de símbolo no depende ya tanto de su ortodoxia heráldica, cuanto de su asunción por el pueblo andaluz. Cuando su colectividad asume y siente como suyo un escudo, entonces lo transforma en imagen viva y compartida en plasmación expresa de un proceso y de unas aspiraciones históricas que él representa y con las que todos se identifican. Es, entonces –y así ha ocurrido en el caso andaluz–, su auténtico escudo, al margen de las cuestiones heráldicas formalistas; porque, cuando así sucede, se ha articulado una dialéctica de identidad pueblo/escudo que es la que da su último y decisivo sentido a éste». Si la ley afirma con rotundidad que el escudo, ya en 1982, era un símbolo asumido por el pueblo andaluz, lo más razonable es que lo admitamos en 2011 sin discusión y tampoco parece este comentario lugar adecuado para detenernos a analizar si el uso continuo que la Junta de Andalucía hace de su moderno logotipo, orillando el escudo estatutario, es plenamente respetuoso con el art. 3 de la mencionada Ley 3/1982, que exige el uso del escudo en los documentos, impresos, sellos y membretes de uso oficial de la Junta de Andalucía, así como en sus publicaciones oficiales.
- 9 En la misma línea de fijar en el Estatuto disposiciones que estaban en normas de rango inferior, o en la de seguir lo establecido previamente por el Estatuto catalán, el apartado cuarto del art. 3 señala que el Día de Andalucía es el 28 de febrero y en el quinto se establece que la protección que corresponde a los símbolos de Andalucía será

---

despierta ya, por ser enseña de una Religión Superior que a la Creación de la vida anima a los luchadores, místicos fervores, los cuales, durante las últimas persecuciones, principalmente en Córdoba, vinieron a consagrarla con el resplandor del martirio» [*Antología...*, pág. 148].

<sup>10</sup> Por decirlo con la palabra del más prestigioso historiador del andalucismo: «Todo parece indicar que en 1918, en Ronda, no se tomó una decisión al respecto [del himno]» (LACOMBA ABELLÁN, J. A., 1988, pág. 159).

<sup>11</sup> Por todas ellas, ANTEQUERA LUENGO, J. J., 2008. En los debates para redactar el Estatuto de 1981, el socialista Antonio OJEDA –quizás influido por la precisión de su profesión de notario– se sintió en la necesidad de señalar que él llamaría al escudo «emblema, porque no reúne las condiciones heráldicas necesarias para que pueda configurarse como escudo» (*DSCD*, Comisión Constitucional, 26 de junio de 1981, pág. 1696). Sobre los intentos de crear en 1933 otro escudo para Andalucía, independiente del de Cádiz y con representación de las ocho provincias, véase HILANO DEL RÍO, M., y RUIZ ROMERO, M., 1995, pág. 409 y ss.

la misma que corresponda a los «demás símbolos del Estado». Esta afirmación tan tajante tiene el pleno respaldo de la STC 119/1992, que afirma que

siendo los principales símbolos de nuestro Estado la bandera de España y su escudo, también son símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el art. 4 C.E. y reconocidas en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en tanto en cuanto éstas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad del Estado que configura» (FJ 1.º)<sup>12</sup>.

Debe tenerse en cuenta que esta jurisprudencia del Constitucional se refiere a la constitucionalidad del Código Penal en cuanto puede tipificar como delito los ultrajes a los símbolos autonómicos (hoy recogido en el art. 543 CP). Precisamente, como el Código Penal ya recoge esta protección, no tiene demasiado sentido que nos detengamos a analizar si el Estatuto se extralimitó –y antes el art. 9 de la Ley 3/1982 del Parlamento de Andalucía– al establecer un mandato para que proteja los símbolos autonómicos cuyo único destinatario es el legislador estatal, pues sólo él tiene competencias legislativas en materia penal. En fin, en cualquier caso siempre le podría ser aplicable la jurisprudencia de la STC 31/2010: este tipo de disposiciones, más que auténticos mandatos vinculantes a los poderes estatales, pueden considerarse «indicaciones» que no restringen jurídicamente la voluntad de los órganos estatales (FJ 64.º, entre otros).

---

<sup>12</sup> El amplísimo recurso del PP contra el EAC impugnó el art. 8, relativo a los símbolos de Cataluña, pero sólo el apartado 1, que se refería a los «símbolos nacionales»; sin dudar de la constitucionalidad del apartado 6, que establece «La protección jurídica de los símbolos de Cataluña es la que corresponde a los demás símbolos del Estado». Aunque, como hemos visto, el EAAnd no calificó de ningún modo los símbolos de Andalucía, me parece útil reproducir aquí la jurisprudencia del TC sobre el art. 8.1 EAC: «Por todo ello, los términos "nación" y "realidad nacional" referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término "nacionales" del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, "definida como nacionalidad" (art. 1 EAC) e integrada en la "indisoluble unidad de la nación española" como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo» (FJ 12.º).

**Artículo 4. Capitalidad y sedes**

*1. La capital de Andalucía es la ciudad de Sevilla, sede del Parlamento, de la Presidencia de la Junta y del Consejo de Gobierno, sin perjuicio de que estas instituciones puedan celebrar sesiones en otros lugares de Andalucía de acuerdo con lo que establezcan, respectivamente, el Reglamento del Parlamento y la ley.*

*2. La sede del Tribunal Superior de Justicia es la ciudad de Granada, sin perjuicio de que algunas Salas puedan ubicarse en otras ciudades de la Comunidad Autónoma.*

*3. Por ley del Parlamento andaluz se podrán establecer sedes de organismos o instituciones de la Comunidad Autónoma en distintas ciudades de Andalucía, salvo aquellas sedes establecidas en este Estatuto.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20901])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21056]).

**Artículo 4. Capitalidad y sedes**

*1. La capital de Andalucía es la ciudad de Sevilla, sede del Parlamento, de la Presidencia de la Junta y del Consejo de Gobierno, sin perjuicio de que estas instituciones puedan celebrar sesiones en otros lugares de Andalucía de acuerdo con lo que establezcan, respectivamente, el Reglamento del Parlamento y la ley.*

*2. La sede del Tribunal Superior de Justicia es la ciudad de Granada, sin perjuicio de que determinadas Salas puedan ubicarse en otras ciudades de la Comunidad Autónoma.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23663]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24256]).

**Artículo 4. Capitalidad y sedes**

1. La capital de Andalucía es la ciudad de Sevilla, sede del Parlamento, de la Presidencia de la Junta y del Consejo de Gobierno, sin perjuicio de que estas instituciones puedan celebrar sesiones en otros lugares de Andalucía de acuerdo con lo que establezcan, respectivamente, el Reglamento del Parlamento y la ley.

2. La sede del Tribunal Superior de Justicia es la ciudad de Granada, sin perjuicio de que determinadas Salas puedan ubicarse en otras ciudades de la Comunidad Autónoma.

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 3]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 199]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 251]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 303]; corrección de error BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

**2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (BOCG. Senado núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 90]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (BOCG. Senado núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (BOCG. Senado núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

**B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981****Artículo 7**

La capital de Andalucía, sede del Gobierno y del Parlamento, será la ciudad que decida éste, por mayoría de dos tercios, en su primera sesión ordinaria. En dicha sesión se decidirá también la sede del Tribunal Superior de Justicia.

### C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 4); Cataluña (art. 10); Galicia (art. 8); Principado de Asturias (art. 5); Cantabria (art. 2); La Rioja (art. 4); Murcia (art. 5); Comunidad Valenciana (art. 5); Aragón (art. 3); Castilla-La Mancha (art. 6); Canarias (art. 3); Comunidad Foral de Navarra (art. 8); Extremadura (art. 5); Baleares (art. 7); Madrid (art. 5); Castilla y León (art. 3).

### D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 3/1983 de 1 de Junio, de Organización Territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 4).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Disposición adicional primera).

### E. JURISPRUDENCIA

STC 89/1984, FJ 7.º

STC 247/2007, FJ 11.º

### F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

CLAVERO ARÉVALO, Manuel: «Comentario al artículo 7», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, IEAL, Madrid, 1987, pág. 59.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge: *El Estado de las autonomías y la consagración de la sede de las instituciones autonómicas: significado y régimen jurídico*, Cívitas, Madrid, 2010.

RUIZ ROBLEDOS, Agustín: *La Comunidad Autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 1988.

TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier: «Capitalidad y sedes», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.): *Reformas estatutarias y organización institucional*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010, págs. 61-84.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO.  
C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO.

## A. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de 1981 cumplía de diversas formas el mandato constitucional del art. 147.2 de la Constitución de contener la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas. Así, se cuidaba de denominar a la Comunidad –si bien mezclando un poco los términos– «Junta de Andalucía» y de regular detalladamente sus instituciones, mientras no hacía otro tanto con la sede de esas instituciones, remitiendo la decisión a la primera reunión del Parlamento autonómico: el art. 7 ordenaba que la capital de Andalucía, sede del Gobierno y del Parlamento, sería la ciudad que decidiera éste por mayoría de dos tercios, en su primera sesión ordinaria. En un exceso constitucional evidente (que no habían cometido los demás Estatutos y que luego sería reparado en la LOPJ), también establecía que en esa reunión se fijaría la sede del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Así lo hizo el Parlamento el 30 de junio de 1982, eligiendo Sevilla como capital y designando Granada como la sede del Tribunal Superior. Esta forma de remitir a un momento posterior la designación de la capital la tomó el Estatuto andaluz del vasco, si bien éste (como el gallego) hace referencia a una ley. Sin duda, el motivo de la remisión –aunque en Andalucía fuese un secreto a voces que Sevilla sería la elegida– era evitar un descenso tanto de la participación como de los votos favorables en el referéndum de ratificación del Estatuto. <sup>1</sup>

Con independencia de la opinión ética que pudiera merecer esta forma de proceder, que evitó cualquier debate en la opinión pública sobre el asunto, jurídicamente era conforme con el mandato constitucional del art. 147, porque las materias que éste reserva al Estatuto se las entrega como forma de garantizar la participación de las nacionalidades y regiones en su adopción. Es decir, su función primera es la de actuar como límite frente al legislador estatal, al que excluye con carácter absoluto, pero no frente al autonómico. Dicho con las palabras del Tribunal Constitucional: no se infringe la Constitución cuando «aun no fijándose la sede por su nombre, se establece qué órgano habrá de determinarla, cuándo y dónde habrá de hacerlo y con qué mayoría, que es perfectamente acorde con una interpretación, que no hay motivos para rechazar, que ve en el art. 147.2.d) una reserva estatutaria sólo relativa» (STC 89/1984, FJ 7.º). <sup>2</sup>

Un cuarto de siglo después, con el Parlamento y el Gobierno completamente asentados en Sevilla, era ilógico que el Estatuto no especificara con exactitud la capital de Andalucía. Es más, incluso desde un punto de vista político, parecía conveniente dejarla bien fijada en la norma institucional básica, refrendada por el pueblo andaluz, para reforzar la legitimidad democrática de la capital, restando así argumentos a algunas propuestas muy minoritarias de designar a otra ciudad<sup>1</sup>. También se incluyó sin mayores <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sin ir más lejos, mi propuesta –seguramente poco motivada y algo irreflexiva– de que el nuevo Estatuto declarara Antequera capital de Andalucía a cambio de suprimir las diputaciones andaluzas. Véase RUIZ ROBLEDO, A., «Un día festivo», en *Diario de Cádiz* y demás periódicos del Grupo Joly, 28 de febrero de 2006, <http://aruizrobledo.blogspot.com/2006/02/un-dia-festivo.html>, 20.2.2011.

polémicas la mención a Granada como sede del TSJA y se añadió un nuevo párrafo para permitir expresamente que la sede de otras instituciones autonómicas pudiera estar en otras ciudades. Veámoslo con algo más de detalle.

## B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO

- 4 El informe definitivo de la ponencia estatutaria, publicado en el *BOPA* el 7 de septiembre de 2006, plagado de observaciones y votos particulares, no hizo una excepción en el art. 4, de tal forma que el texto mayoritario (apoyado por el PSOE e IU) del apartado primero de este artículo, que consagraba a Sevilla como capital de Andalucía, tuvo un texto alternativo presentado por el PP en el que se proponía una vieja aspiración de muchos políticos sevillanos: Sevilla debería de «gozar de un estatuto de capitalidad». Por el contrario, si que hubo coincidencia entre todos los partidos en el apartado segundo, por el que se ratificaba a Granada como sede del Tribunal Superior de Justicia, «sin perjuicio de que determinadas Salas puedan ubicarse en otras ciudades». Este apartado no fue objeto de especial atención en todo el *iter legis* más allá del cambio que hizo la Comisión de Desarrollo Estatutario del adjetivo «determinadas» por el más correcto de «algunas». Sin duda, las Salas de lo Contencioso Administrativo y Social existentes en Sevilla y Málaga están ya muy arraigadas en esas ciudades, sin que sea pertinente plantearse si la unidad política de Andalucía no debería de llevar pareja una similar unidad jurisdiccional.
- 5 Congruente con su postura en el informe previo, el PP presentó una enmienda para que en el Estatuto quedara especificado que Sevilla debería de tener un régimen especial, justificado en la necesidad de «atender las necesidades propias de la capital de Andalucía»<sup>2</sup>. Con buen criterio, ni el Parlamento ni el Congreso de los Diputados admitieron esta enmienda. Aunque no consta expresamente las razones para no admitirla (ni el *Diario de Sesiones* del Parlamento ni el del Congreso recogen ninguna intervención en contra), no es difícil imaginar que ese rechazo se basó en el convencimiento de que una disposición de ese tipo hubiera sido interpretada por muchos andaluces como un privilegio hacia Sevilla, lo que no sólo podría desincentivar la participación y el voto favorable en el referéndum, sino contribuir también a incrementar el antisevillanismo difuso extendido por muchos lugares de los 87.597 kilómetros cuadrados de Andalucía.
- 6 Precisamente, en el sentido contrario de combatir el extendido cliché del «centralismo sevillano», iba la enmienda del Partido Andalucista, que pedía un apartado tercero de este art. 4 para especificar que por ley del Parlamento andaluz se podrían «establecer sedes de organismos o instituciones de la Comunidad Autónoma en distintas

---

<sup>2</sup> Enmienda núm. 570 (*BOPA*, núm. 409, VII Legislatura, de 31 de marzo de 2006, pág. 21176). En el Congreso, el Grupo Popular volvió a presentar la misma enmienda, si bien especificando el instrumento normativo: «A tal efecto, la ciudad de Sevilla gozará de un estatuto de capitalidad, aprobado por Ley del Parlamento de Andalucía» (enmienda 178, *BOCG-Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, de 13 de septiembre de 2006, núm. 246-5, pág. 115). El PP ha retomado esa idea para su programa electoral municipal de 2011, véase, por ejemplo, <http://www.larazon.es/noticia/8652-la-dura-carga-de-ser-capital-de-andalucia-31-5-millones-expoliados-en-las-cuentas-de-este-ano>, 20.2.2011. Un ejemplo de la airada reacción en otras ciudades a esta propuesta, en [http://mas.laopiniondemalaga.es/asociacion\\_rayya/?p=209](http://mas.laopiniondemalaga.es/asociacion_rayya/?p=209), 20.2.2011.



ciudades de Andalucía, salvo aquellas sedes establecidas en este Estatuto». La enmienda, rechazada en el Parlamento –sin que sepamos las razones, ya que nadie intervino ni en la Comisión de Desarrollo Estatutario ni en el Pleno para explicarlas–, sí que fue acogida en el Congreso por el Informe de la Ponencia Mixta (*BOCG-Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, de 13 de septiembre de 2006, núm. 246-6, pág. 119). De esa forma se hace mucho más explícita la voluntad del estatuyente de permitir la descentralización en la medida de lo posible, más allá de la especificación del apartado primero de autorizar que tanto el Parlamento como el Consejo de Gobierno puedan celebrar sesiones fuera de Sevilla, lo que sin duda puede tener en un momento determinado un fuerte contenido simbólico, pero siempre con una duración temporal muy limitada.

### C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO

En la introducción a este comentario ya se ha señalado cómo el nuevo Estatuto de 2007 olvida los procedimientos indirectos usados en el Estatuto de 1981 para fijar la capital de Andalucía, uno de los elementos que la Constitución establece como el núcleo duro de los Estatutos de autonomía, o, por decirlo con palabras del Constitucional, «el contenido indisponible y necesario» (STC 89/1984, FJ 7.º, y 247/2007, FJ 11.º). Ahora, se puede añadir que en el plano institucional y en el político, nunca ha habido especiales dudas sobre situar en Sevilla la capital. Así, en la primera reunión que celebró el Parlamento (que fue en los Reales Alcázares de Sevilla, el 30 de junio de 1982) se superó ampliamente los dos tercios previstos en el Estatuto, sin que se tomara en consideración la propuesta de UCD de retrasar la decisión, y la única propuesta alternativa fue la que mantuvo en solitario Julio Anguita –a la sazón alcalde de Córdoba– en favor de la ciudad de los califas<sup>3</sup>. Nada, por tanto, que tuviera que ver con los problemas de otras comunidades, como en Castilla y León, donde en sus Cortes no se logró el quórum de los dos tercios en la primera votación en 1983 y hubo que esperar a 1987 para alcanzarlo<sup>4</sup>. Otra cosa es, lógicamente, que la decisión de elegir Sevilla haya sido la mejor decisión para incrementar el sentimiento de unidad andaluza y para mejorar el desarrollo armónico del territorio, pero se trata de cuestiones sobre las que no es adecuado pronunciarse en este estudio jurídico.

Las cuestiones jurídicas que, en mi opinión, pueden plantearse sobre el art. 4.1 del vigente Estatuto son dos, una expresa y otra implícita. La primera es el desarrollo que exige la autorización para celebrar sesiones fuera de Sevilla tanto para el Parlamento como para el Gobierno. Pues bien, el Reglamento del Parlamento –modificado cinco veces después de aprobarse el Estatuto de 2007– no las ha regulado todavía. Y otro tanto se puede decir de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ni siquiera hace referencia a su sede, regulada todavía en el plano legislativo por el art. 4 de Ley 3/1983 de 1 de junio, de Organización Territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía. ¿Significan estos silencios que ya no es posible realizar sesiones fuera de Sevilla, como en el pasado hizo el Parlamento, por

<sup>3</sup> El resultado de la votación (pública por llamamiento) fue 79 votos a favor; 3 negativos y 25 abstenciones (*DSPA*, I Legislatura, núm. 2, pág. 37).

<sup>4</sup> Sobre este episodio y, en general, sobre la variedad de fórmulas utilizadas por los Estatutos de autonomía, véase TRUJILLO PÉREZ, A. J., 2010, págs. 61-84.

ejemplo, para celebrar el veinte aniversario del Pacto de Antequera? La respuesta viene de la propia práctica parlamentaria, que ha seguido celebrando estas sesiones extraordinarias; así, por ejemplo, el Parlamento volvió a Antequera el 4 de diciembre de 2007 para celebrar el treinta aniversario del pacto y celebró unos días antes, el 10 de noviembre de 2007, otra sesión institucional en San Fernando, coincidiendo con un aniversario de la promulgación del decreto de libertad de prensa de 1810. Igualmente, el Consejo de Gobierno celebra reuniones fuera de Sevilla y esta legislatura todas las capitales de provincia han sido escenario de alguna de sus reuniones. Por tanto, la falta de regulación legal no impide que se celebren actos del Parlamento y del Gobierno en otra localidad. La propia dinámica de estas instituciones hace que las sesiones del Parlamento sean protocolarias, mientras que las del Gobierno –plenamente decisorias– suelen centrarse en temas de particular interés para la provincia de acogida. Por eso, la nueva regulación estatutaria hay que entenderla como una habilitación expresa para celebrar estas reuniones, pero no como un requisito para terminar la práctica anterior. Dicho esto, sí que parece conveniente –si las instituciones se toman en serio el Estatuto– que el Parlamento cumpla con el mandato estatutario y regule estas sesiones extrasede.

9 La segunda cuestión jurídica sobre el art. 4.1 es si el rechazo a la enmienda del PP sobre el estatuto de capitalidad puede interpretarse como una prohibición al legislador para que en el futuro apruebe una ley especial para Sevilla, como ya han hecho otras comunidades; por ejemplo, Navarra, Galicia, Baleares y Canarias<sup>5</sup>. Los debates parlamentarios no ponen de manifiesto que el estatuyente tuviera una voluntad expresa de prohibirlo, pues, como ya se ha adelantado, no se dijo una palabra en contra de la propuesta y así es imposible saber las razones para no incorporar la enmienda. No resolviendo nada los antecedentes, me parece que el silencio del Estatuto no puede ser interpretado como una prohibición, quedando por tanto a la voluntad del legislador autonómico aprobar o no una ley con ese contenido. Otra cosa es, lógicamente, que como ciudadano o simple observador político a uno le pueda parecer inadecuada o inconveniente una ley de capitalidad para Sevilla. Como mucho, desde nuestro punto de vista de análisis jurídico, lo más que se puede decir es que no parece congruente con un reparto correcto de los ámbitos de distribución de las decisiones políticas y del control democrático de los ciudadanos llevar en el programa electoral municipal de Sevilla la propuesta de capitalidad para esa ciudad y no incluirla también en el programa autonómico porque es el Parlamento y no el Pleno municipal el órgano que puede aprobar una ley de esas características.

10 Si el apartado segundo del art. 4, que proclama a Granada como la sede del Tribunal de Justicia de Andalucía, no produjo ninguna controversia política, tampoco la puede producir jurídica, una vez que lo que en su momento fue un claro exceso competencial, cometido por el Estatuto de 1981, fue luego adoptado por otros Estatutos y expresamente permitido por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, posterior a todos los Estatutos. Ya en su momento, Clavero Arévalo hizo una lúcida defensa de esta invasión de las competencias estatales: «tratándose de una institución nacida con ocasión de la creación de las Comunidades, es del mayor interés para éstas el decidir su localización constituyendo la determinación de su sede un contrapeso y un instrumento político para el buen equilibrio territorial y

<sup>5</sup> Sobre estas leyes, véase FERNÁNDEZ-MIRANDA Y FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., 2010.

político de las Comunidades»<sup>6</sup>. La segunda parte del art 4.2 añade una importante matización a la declaración de Granada como sede del TSJA: «sin perjuicio de que algunas Salas puedan ubicarse en otras ciudades de la Comunidad Autónoma». No hay aquí, como en el anterior apartado, posibilidad de que esporádicamente la Sala de Gobierno del TSJA celebre sesiones fuera de Granada, sino algo de mucha mayor repercusión práctica, Salas permanentes, que, en virtud de la Ley (estatal) 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial, son una Sala de lo Contencioso y otra de lo Social en Sevilla, que tiene jurisdicción limitada a las provincias de Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla; más otra Sala de lo Contencioso-Administrativo y otra de lo Social en Málaga, con jurisdicción limitada a su provincia. Lógicamente, el art. 2 de esta Ley 38/1988 limita la jurisdicción de las Salas de lo Contencioso y de lo Social de Granada a las provincias de Almería, Granada y Jaén. Por tanto, solo existe en Granada una Sala con jurisdicción en todo el territorio andaluz, la Sala de lo Civil y Penal.

Si no nos detenemos en el articulado de la ley estatal y seguimos hasta el Anexo 4,<sup>11</sup> donde se especifica el número de magistrados, veremos que el TSJA tiene 71, distribuidos de la siguiente forma: 32 en Sevilla, 24 en Granada y 15 en Málaga, lo que no deja de ser extraño, pues lo lógico sería que en la sede oficial fuera donde más magistrados hubiera. La razón no es sólo el mayor peso demográfico de las cuatro provincias occidentales, sino también una razón originada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: el art. 14 de esta ley establece que, con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado. Por tanto, todos los actos dictados por los órganos centrales de la Junta, que tengan su sede en Sevilla, aunque sean actos con efectos en toda la Comunidad, son competencia de la Sala de lo Contencioso de Sevilla. Es decir, que si del tenor literal del art. 4.2 del Estatuto podría pensarse que lo de «algunas Salas» fuera de Granada es algo residual, en la práctica sucede más bien lo contrario, residenciándose los grandes litigios administrativos de la Comunidad en Sevilla. Mi granadinismo rampante no llega hasta el punto de decir que sería conveniente una modificación del art. 14 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si acaso a resaltar que la configuración actual de la distribución de Salas entre Sevilla y Granada no parece la más adecuada para lo que el maestro Clavero llamaba el equilibrio territorial y político de la Comunidad. En fin, esta conclusión se matiza en cuanto la Sala de lo Civil y de lo Penal sí que tiene su asiento en Granada y jurisdicción en todo el territorio andaluz.

El último apartado del art. 4 del Estatuto de Autonomía se encuentra en la misma situación de norma clara que no presenta cuestiones jurídicas relevantes: se trata de una habilitación expresa al legislador para que, si lo estima pertinente, establezca fuera de Sevilla las sedes de organismos o instituciones de la Comunidad Autónoma, salvo aquellas sedes establecidas en este Estatuto, que son únicamente el Parlamento y el Gobierno. Claro que una cosa es una habilitación y otra una obligación: cuando ya lleva más de tres años en vigor, el Parlamento –salvo inadvertencia por mi parte– no ha aprobado una sola ley en este sentido. Es más, ha perdido una oportunidad de hacerlo en un caso que en Málaga supuso la pérdida de una institución, la Confederación

<sup>6</sup> CLAVERO ARÉVALO, M., 1987, pág. 59. Por mi parte, he tenido ocasión de estudiar las relaciones entre los Estatutos y la LOPJ, en lo que considero una inversión del orden lógico que se deriva de la reserva de ley orgánica para regular el Poder Judicial, en RUIZ ROBLEDO, A., 1988, pág. 262 y ss.

Hidrográfica del Sur, con el consiguiente río de reacciones contra el «centralismo sevillano»: la Ley 4/2010, de 8 de junio, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, crea la Agencia Andaluza del Agua y la adscribe, sin más matizaciones, a la Consejería competente, radicándola así en Sevilla<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Precisamente, esta desaparición de la Confederación Hidrográfica de Málaga fue uno de los ejemplos del «centralismo sevillano-juntero» citados en su fundación, en junio de 2010, por la Plataforma Pro Autonomía de la Región de Málaga, Paurma (V. <http://www.regiondemalaga.es>, 20.2.2011. Me he permitido dar mi opinión sobre este contencioso (supongo que un tanto disparatada: ni Sevilla ni Málaga, Córdoba) en <http://aruizrobledo.blogspot.com/2009/02/la-gran-caja-andaluza-y-los-localismos.html>, 20.2.2011.

**Artículo 5. Condición de andaluz o andaluza**

*1. A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces o andaluzas los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.*

*2. Como andaluces y andaluzas, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado.*

*3. Dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para promover la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20902])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21056]).

***Artículo 5. Condición de andaluz***

*1. A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.*

*2. Como andaluces, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado.*

*3. Dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para potenciar la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía, en especial los de otros Estados miembros de la Unión Europea, en las decisiones de interés general, sin que aquello comporte necesariamente derechos políticos establecidos en la legislación del Estado.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23648]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23900]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24256]).

#### **Artículo 5. Condición de andaluz**

1. *A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.*

2. *Como andaluces, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado.*

3. *Dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para potenciar la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía, en especial los de otros Estados miembros de la Unión Europea, en las decisiones de interés general, sin que aquello comporte necesariamente derechos políticos establecidos en la legislación del Estado.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 3]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 194]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 251]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 303]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (BOCG. Senado núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 91]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (BOCG. Senado núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (BOCG. Senado núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 8*

1. *A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.*

2. *Como andaluces, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado.*

3. *Las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía podrán solicitar, como tales, el reconocimiento de la identidad andaluza entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo andaluz. Una Ley del Parlamento andaluz regulará, sin perjuicio de las competencias del Estado, el alcance y contenido del reconocimiento a dichas comunidades que en ningún caso implicará la concesión de derechos políticos.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 7); Cataluña (art. 7); Galicia (art. 3); Principado de Asturias (art. 7); Cantabria (art. 4); La Rioja (art. 6); Murcia (art. 6); Comunidad Valenciana (art. 3); Aragón (art. 4); Castilla-La Mancha (art. 3); Canarias (art. 4); Comunidad Foral de Navarra (art. 5); Extremadura (art. 3); Baleares (art. 9) ; Madrid (art. 7); Castilla y León (art. 7)

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 7/1986, de 6 de mayo, de reconocimiento de las Comunidades andaluzas asentadas fuera del territorio andaluz (Derogada).
- Ley 5/2006, del Estatuto de los andaluces en el mundo.

**E. JURISPRUDENCIA**

STC 40/1981, FJ 1.º  
STC 107/1990, FJ Único.

**F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Titulares de los derechos y destinatarios de las políticas públicas», en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP, Sevilla, 2008, págs. 21-52.

RUIZ ROBLEDO, Agustín: *El ordenamiento jurídico andaluz*, Cívitas, Madrid, 1991.

**COMENTARIO**

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO.  
C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO.

**A. INTRODUCCIÓN**

<sup>1</sup> ¿Cómo denominar a los habitantes de una Comunidad Autónoma que componen su *demos*? En el derecho histórico español teníamos dos términos para explicar la relación de una persona con los poderes públicos: «ciudadano» y «vecino». El primero, según el Diccionario de la Real Academia, es la persona que disfruta de los derechos de ciudadanía de un Estado, mientras que el segundo se reserva para quien reside en un municipio. De donde podemos concluir que, mientras un concepto es político, el otro es administrativo. Por eso, los Estatutos vasco y catalán, deseosos de resaltar al máximo su carácter político, utilizaron «condición política», que parece acercarse mucho más al concepto de ciudadano que al de vecino. Es más, en algún artículo usaban «ciudadano» como sinónimo<sup>1</sup>. El gallego y el andaluz siguieron los pasos de estos dos estatutos y usaron «condición política», como hicieron todos los Estatutos posteriores. Se retomaba así una expresión utilizada en la República para designar la relación de las personas con la región autónoma<sup>2</sup>, aunque, desde un punto de vista lingüístico, no termina de coincidir con su significado habitual: en el lenguaje cotidiano la condición indica la calidad de una persona, si es bueno, malo, honrado, incluso ha caído en desuso su acepción de calidad de estado social («suele usarse para indicar la calidad de noble», dice el Diccionario). Además y como veremos más adelante, desde el punto de vista semántico –de su contenido–, la condición política se encuentra más cerca de la

<sup>1</sup> Así en los respectivos artículos dedicados a los «derechos» de los ciudadanos (arts. 9 y 8, respectivamente). A partir del EAG se sustituyó esa palabra por el gentilicio respectivo: «Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los gallegos son los establecidos en la Constitución» (art. 4.º1). El art. 7 del nuevo Estatuto catalán habla de «la condición política de catalanes o ciudadanos de Cataluña».

<sup>2</sup> Veamos, por ejemplo, el art. 4 del Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932: «A los efectos del régimen autónomo de este Estatuto, gozarán de la condición de catalanes [...]».



vecindad que de la ciudadanía. Por eso, y a falta de una denominación más adecuada, propuse hace unos años –con el nulo éxito que cabía esperar– paisano; que, además de su brevedad, ofrece la ventaja adicional de formar paisanaje, en consonancia con ciudadanía y vecindad (RUIZ ROBLEDO, A., pág. 125).

## B. LA ELABORACIÓN DEL TEXTO

Como ya hemos tenido ocasión de ver, la «condición política» y su régimen jurídico<sup>2</sup> estaba perfectamente asentada en todos los Estatutos de autonomía, por lo que no fue objeto de especial debate en el largo trámite parlamentario, quedando reducidas las enmiendas a cuestiones de detalle. Así, mientras la proposición de reforma del Estatuto (publicada en el *BOPA* de 9 de febrero de 2006) sigue al Estatuto de 1981 predicando la condición política de los «andaluces», las enmiendas del Grupo Andalucista (enmienda 14) e IU (enmienda 437) pretenden evitar lo que consideraban un lenguaje sexista. Así, el primero propuso «andaluces y andaluzas», mientras que el segundo definía a los andaluces como «las personas» que tengan vecindad administrativa en Andalucía. En la Comisión de Desarrollo Parlamentario, el PA retiró su enmienda (*DSPA-Comisión de Desarrollo Estatutario*, núm. 239/VII Legislatura, de 20 de abril de 2006, pág. 7681) y la de IU fue derrotada, sin que sufriera cambios en el Pleno, así que a las Cortes se mandó este artículo con el rótulo «Condición de andaluz», que no recibió ninguna enmienda (IU mantuvo su propuesta de «persona», pero sin alterar el título, por lo que no se cambió en la Comisión Constitucional (*BOCG-Congreso de los Diputados*, B-248-6, de 17 de octubre, pág. 199). Sin embargo, cuando llegó al Pleno del Congreso, ya el texto había cambiado en «Condición política de andaluz o andaluza» y en su contenido la «condición política de los andaluces» se había trastocado en «de los andaluces o andaluzas». Similar cambio sufrió el apartado segundo, con los andaluces y andaluzas en el exterior. Como los diputados debatieron en el Pleno del Congreso cuestiones mucho más importantes, no consta por qué los redactores de la modificación del art. 5 consideraron que «andaluces» no incluía a las mujeres, mientras que «ciudadanos españoles», que está inmediatamente detrás, sí, con lo que el resultado parece un tanto contradictorio: «gozan de la condición política de andaluces o andaluzas los ciudadanos españoles».

El tercer apartado de este art. 5, relativo a los extranjeros, fue objeto de sendas<sup>3</sup> enmiendas de los grupos Socialista (enmienda 298) y PP (571) en el Parlamento de Andalucía, que por una vez fueron en un sentido coincidente para acortar el artículo, de tal forma que ni se hiciera una referencia especial a los europeos ni se especificara la exclusión de los derechos políticos, tal y como hacía el texto de la proposición de Estatuto. Por eso, la Ponencia no tuvo demasiados problemas para proponer un texto transaccional (*BOPA* núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23648), que se convirtió en inamovible, pues, por las mismas razones desconocidas que veíamos en el apartado anterior, los correctores de estilo del Congreso no consideraron lenguaje sexista «ciudadanos extranjeros».

## C. ANÁLISIS DEL CONTENIDO

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de definir con rotundidad la condición<sup>4</sup> política: «la condición política no es otra cosa que "la vecindad administrativa", de

acuerdo con las leyes generales del Estado, según la define el artículo 7.1 del Estatuto vasco» (STC 40/1981, de 18 de diciembre, FJ 1). Conclusión que es perfectamente aplicable tanto al art. 8 del Estatuto de Andalucía de 1981 como al art. 5 del hodierno, ya que éste declara: «gozan de la condición política de andaluces o andaluzas los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía». No deja de ser irónico que, mediante la técnica del reenvío, sea el Estado el que fije la «condición política» andaluza. Por eso, no le faltaba lógica al motivo de desacuerdo que presentó el PSA sobre este artículo en los debates parlamentarios del primer Estatuto: mejor hubiera sido sustituir la vecindad administrativa por la civil, de tal modo que se permitiría cierta libertad de los ciudadanos para elegir gozar de la condición política de andaluz. De esa forma se evitaría el contrasentido de que un emigrante en Cataluña no tenga la condición política de andaluz y, sin embargo, sí que disfrute de ella un español que se traslade a Andalucía únicamente por un año. No se aceptó esta propuesta, sin duda de mucha mayor complejidad técnica, sobre todo porque los tres estatutos ya aprobados habían elegido la vecindad administrativa.

- 5 Así las cosas, el legislador estatal es quien determina la condición política de todas las nacionalidades y regiones. Primero definiendo quién es español (Código civil) y luego mediante la definición de vecino, que está en el art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), modificada por la Ley 4/1996. De donde podemos concluir que tendrán la condición política de andaluz los españoles inscritos en los padrones municipales de Andalucía. Para lo cual lo único que se exige es residir habitualmente en un municipio andaluz, requisito que se concreta en la residencia de un mínimo de seis meses en el municipio (art. 80 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales). Por eso y como acabamos de señalar, se produce la paradoja de que cualquier andaluz que se desplace a otra comunidad autónoma por un periodo superior a seis meses, si se inscribe en el municipio de destino, dejará de tener la condición política de andaluz. Por el contrario, seguirá siendo andaluz a efectos políticos si se desplaza al extranjero.
- 6 El art. 5 del Estatuto no especifica cuáles son las consecuencias de tener la condición política de andaluz, que hay que ir espigando en otros artículos, muy especialmente en el art. 30, relativo a la participación política, que se presenta como un desarrollo del art. 5 («Conforme al artículo 5, los andaluces y andaluzas tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad»). Previamente, el art. 12 declara titulares de los derechos del Título I a los todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, «sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30 y de acuerdo con las leyes reguladoras de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas». Como se trata de artículos que son comentados en otra parte de este trabajo colectivo, no puedo adentrarme en su contenido, más allá de señalar algunas cuestiones generales, comenzando por recordar que, desde que los estamentos fueron abolidos, el Derecho es de base territorial y sólo en contadas ocasiones se aplica *ratio personae* (en algunos supuestos matrimoniales, en la vecindad civil, etc.). Por eso, el ordenamiento jurídico andaluz obliga a todas las personas que se encuentren en Andalucía con independencia de su nacionalidad y su condición política, de tal forma que no es del todo exacta la afirmación del art. 12 de que «los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título son

todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía» porque una persona que esté incidentalmente en Andalucía –digamos un turista– no deja de tener ciertos derechos estatutarios, como es el derecho a la salud. Así, las personas que tienen la condición política de andaluz son las principales destinatarias de las políticas públicas, pero no son los únicos «debido a la eficacia territorial de las normas» (CÁMARA VILLAR, G., pág. 23).

La condición política se centra en el núcleo de los derechos políticos, el derecho de participación en los asuntos públicos (art. 30 EAAnd). Curiosamente, y quizá para evitar una cacofonía, el art. 104.4, al señalar la consecuencia más relevante de tener la condición política de andaluz, emplea otros términos: «Serán electores y elegibles [al Parlamento] todos los andaluces y andaluzas mayores de dieciocho años que estén en pleno goce de sus derechos políticos». En mi opinión, se eleva así el rango del mandato de la ley electoral de Andalucía 1/1986, que exige expresamente a los votantes y candidatos a la Cámara autonómica la condición política de andaluces (arts. 2.1 y 4.1), requisito que fue considerado plenamente conforme con la *Lex legum* por el Constitucional, ya que, «si bien las condiciones básicas que determinan la elegibilidad activa y pasiva vienen ya previstas en la legislación electoral general (LOREG, art. 1.2 y Disposición adicional 2, y Ley de Andalucía 1/1986, Disposición final 1), la Comunidad Autónoma de Andalucía, en ejercicio de la competencia contemplada en el art. 13.5 de su Estatuto de Autonomía, puede legislar sobre las normas electorales para la constitución de sus instituciones de autogobierno» (STC 107/1990, FJ Único).<sup>7</sup>

En sentido similar, el art. 106.17.º, al listar las funciones del Parlamento de Andalucía, le atribuye la designación de senadores que «podrá recaer en cualquier ciudadano que ostente la condición política de andaluz». Igualmente algunas leyes autonómicas han exigido la *condición política* de andaluz para ocupar cargos políticos, sin que se haya visto en ello nada de inconstitucional, como es el caso de la Ley 9/1983, del Defensor del Pueblo Andaluz, que exige que la persona designada para ese cargo por el Parlamento tenga la condición política de andaluz (art. 3). La duda jurídica está, lógicamente, hasta dónde se puede exigir esa condición política sin violar la Constitución. En mi opinión, sólo podrá hacerlo en los derechos de participación y teniendo siempre muy en cuenta que el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, especificado expresamente en el art. 139.1, y el tratamiento general que en la Constitución reciben los derechos fundamentales impiden que la condición política pueda servir para establecer una diferencia arbitraria entre españoles. Por ello, y por citar un ejemplo concreto que periódicamente cuenta con defensores en los medios de comunicación, la Junta de Andalucía no podría exigir en una convocatoria para funcionarios la «condición política de andaluz». Vulneraría, al menos, cuatro artículos constitucionales: 14, 23.2, 149.1.1.ª y 149.1.18.ª.<sup>8</sup>

El apartado segundo del art. 5 evita –como ya hacía el antiguo 8– declarar que los andaluces que habitan en el extranjero tengan la condición política andaluza; sino que, con fórmula aún más rebuscada, el art. 5.2 establece: «Como andaluces y andaluzas, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado». El legislador estatutario debió<sup>9</sup>

tener sus motivos para emplear esta fórmula, traída del primer Estatuto, cuyo proyecto sí concedía la condición política de andaluz a los residentes en el extranjero, modificándose en la Ponencia Conjunta. Ni entonces, en 1981, ni ahora se hicieron explícitas en el *Diario de Sesiones* las razones de este cambio. Lo que sí se hace ahora es dedicarle todo un artículo específico, el seis.

- 10 Sea como fuere, y dado que el apartado se refiere a «los derechos políticos» de los residentes extranjeros, me parece que los andaluces residentes en el extranjero tienen la condición política a todos los efectos. Por tanto, el tenor literal del art. 5.2 del Estatuto no impide que el Parlamento pueda designar, si lo estima conveniente, a un andaluz (o andaluza, claro) residente en el extranjero como senador autonómico o como defensor del pueblo andaluz. Con buen criterio, el art. 5.2 de la Ley 7/1986, de 6 de mayo, de reconocimiento de las Comunidades andaluzas asentadas fuera del territorio andaluz, se refería a «la condición política de andaluces, conforme se determina en el artículo 8.2 del Estatuto». Su sucesora, la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los andaluces en el mundo, no hace expresamente esta declaración, pero sí que les reconoce los derechos políticos (sufragio activo y pasivo, derecho a presentar preguntas de iniciativa ciudadana en el Parlamento, etc.). Es más, acaba con la regulación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular, que privaba de este derecho a los andaluces en el extranjero.
- 11 El art. 5 del Estatuto tiene un tercer y novedoso apartado en el que se declara que «Dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para promover la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía». Se trata de un mandato a los poderes públicos –y no de un derecho de los extranjeros– para incorporar a la vida política andaluza a la numerosa colonia de extranjeros residentes en Andalucía (704.056 personas a 31 de diciembre de 2010, según el INE), que, salvo inadvertencia por mi parte, todavía no ha sido desarrollado por la Junta de Andalucía.

**Artículo 6. Andaluces y andaluzas en el exterior**

*1. Los andaluces y andaluzas en el exterior y las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía, como tales, tendrán derecho a participar en la vida del pueblo andaluz y a compartirla, en los términos que, en cada caso, establezcan las leyes. Asimismo, las citadas comunidades podrán solicitar el reconocimiento de la identidad andaluza, con los efectos que dispongan las leyes.*

*2. A efectos de fomentar y fortalecer los vínculos con los andaluces y andaluzas, así como con las comunidades andaluzas en el exterior, prestarles la asistencia y garantizarles el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses, la Comunidad Autónoma podrá, según corresponda, formalizar acuerdos con las instituciones públicas y privadas de los territorios y países donde se encuentren, o instar del Estado la suscripción de tratados internacionales sobre estas materias.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20902])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) *Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21056]).*

***Artículo 6. Comunidades andaluzas en el exterior***

*1. Las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía podrán solicitar, como tales, el reconocimiento de la identidad andaluza entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo andaluz.*

*2. Una ley del Parlamento de Andalucía regulará, sin perjuicio de las competencias del Estado, el alcance y contenido del reconocimiento a dichas comunidades que en ningún caso implicará la concesión de derechos políticos.*

*3. A efectos de fomentar y fortalecer los vínculos con las comunidades andaluzas en el exterior, prestarles la asistencia necesaria y garantizarles el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses, la Comunidad Autónoma podrá, según corresponda, formalizar acuerdos con las instituciones públicas y privadas de los territorios y países donde se encuentren, o instar del Estado la suscripción de tratados internacionales sobre estas materias.*

***Artículo 212. Residentes en el exterior***

*La Junta de Andalucía podrá dirigirse al Gobierno de la Nación instándole a la celebración de convenios con terceros países donde residan andaluces y andaluzas para una especial asistencia a los mismos.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23648]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23900]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24256]).

#### **Artículo 6. Andaluces en el exterior**

1. *Los andaluces en el exterior, las personas oriundas de Andalucía que no residan en nuestra Comunidad y las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía, como tales, tendrán derecho a participar en la vida del pueblo andaluz y a compartirla, en los términos que, en cada caso, establezcan las leyes. Asimismo, las citadas comunidades podrán solicitar el reconocimiento de la identidad andaluza, con los efectos que dispongan las leyes.*

2. *A efectos de fomentar y fortalecer los vínculos con los andaluces y con las comunidades andaluzas en el exterior, prestarles la asistencia y garantizarles el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses, la Comunidad Autónoma podrá, según corresponda, formalizar acuerdos con las instituciones públicas y privadas de los territorios y países donde se encuentren, o instar del Estado la suscripción de tratados internacionales sobre estas materias*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 3]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 200]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 251]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 303]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 91]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

### **Artículo 8**

[...]

3. *Las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía podrán solicitar, como tales, el reconocimiento de la identidad andaluza entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo andaluz. Una Ley del Parlamento Andaluz regulará, sin perjuicio de las competencias del Estado, el alcance y contenido del reconocimiento a dichas comunidades que en ningún caso implicará la concesión de derechos políticos.*

### **Artículo 12**

[...]

3. *Para todo ello, la Comunidad Autónoma ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos:*

[...]

4.º *La superación de las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan la emigración de los andaluces y, mientras ésta subsista, la asistencia a los emigrados para mantener su vinculación con Andalucía. En todo caso, se crearán las condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los emigrantes y que éstos contribuyan con su trabajo al bienestar colectivo del pueblo andaluz.*

### **Artículo 23**

[...]

3. *Conforme a lo establecido en el artículo 12. 3. 4.º, la Junta de Andalucía podrá dirigirse al Gobierno de la Nación instándole a la celebración de Convenios o Tratados con países de recepción de emigrantes andaluces para una especial asistencia a los mismos.*

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

País Vasco (art. 6.5); Cataluña (art. 13); Galicia (arts. 7 y 35.3); Principado de Asturias (art. 8); Cantabria (art. 6); La Rioja (arts. 6. 3 y 6. 4); Comunidad Valenciana (art. 3.3); Aragón (art. 8); Castilla-La Mancha (arts. 7 y 40.3); Canarias (arts. 7 y 38.3); Extremadura (arts. 3.3, 68 y 69.1 h); Baleares (arts. 5 y 11); Castilla y León (arts. 9 y 16.8).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo.
- Decreto 2/2008, de 8 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Comunidades Andaluzas.

- Orden de 28 de marzo de 2008, por la que se regula el procedimiento de elección de las diez vocalías representantes de las comunidades andaluzas en el Consejo de Comunidades Andaluzas.
- Decreto 426/2008, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Reconocimiento y Registro Oficial de Comunidades Andaluzas.
- Decreto 306/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el Primer Plan Integral para los Andaluces y Andaluzas en el Mundo.
- Orden de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la asistencia y promoción cultural de las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía.
- Orden de 2 de mayo de 2006, por la que se aprueba la carta de servicios de la Dirección General de Andaluces en el Exterior.

## E. JURISPRUDENCIA

[s/c].

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

CUENCA TORIBIO, José Manuel: *Teorías de Andalucía. La identidad andaluza en una ilustre galería de autores*, Almuzara, Córdoba, 2009.

CANO GARCÍA, Gabriel, CAZORLA PÉREZ, José, y CRUCES ROLDÁN, Cristina, et ál.: *La identidad del pueblo andaluz, Documentos, núm. 2*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2001 (disponible en <http://www.defensor-and.es>, consultado el 31 de mayo de 2010).

LOZANO MIRALLES, Jorge: «Título Preliminar», en TEROL BECERRA, M. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 57-74.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LOS BENEFICIARIOS. C. EL OBJETO Y FIN.  
D. LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS.

### A. INTRODUCCIÓN

- <sup>1</sup> La redacción del art. 6 EAAnd es, en parte, tributaria de los arts. 8.3, 12.3.4.º y 23.3 EAAnd de 1981 –a su vez inspirados en el art. 6.5 EAPV y, sobre todo, en los arts. 7 y 35.3 EAG–, pero también retoma la novedad que en el panorama estatutario del momento supuso en este contexto el Estatuto de Andalucía de 1981 –el énfasis en la asistencia a los que entonces se denominó emigrados o emigrantes andaluces (arts. 12.3.4.º y 23.3 EAAnd de 1981)– e integra algunos aspectos de la acción exterior de las comunidades autónomas a la que los nuevos Estatutos han dado mayor fundamento jurídico –integración en sintonía, particularmente, con el precedente del



vigente Estatuto de Cataluña (art. 13), que no fue impugnado ante el Tribunal Constitucional y que éste no ha declarado inconstitucional ni ha interpretado particularmente.

La rúbrica y el texto de este precepto han sufrido modificaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria del nuevo Estatuto andaluz. En la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía se incluyeron dos preceptos, con distinta ubicación sistemática, el art. 6 (Comunidades andaluzas en el exterior), en el Título preliminar, denominado entonces «Disposiciones generales», y el art. 212 («Residentes en el exterior»), en el Capítulo IV del Título IX, denominados entonces «Relaciones con el exterior» y «Relaciones externas de la Comunidad Autónoma», respectivamente. Pero, en la medida en que ese art. 212 resultaba reiterativo con el contenido del art. 6.2, fue suprimido en la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario; además, en relación con el art. 6, esa Ponencia propuso una enmienda transaccional a la enmienda núm. 572 del Grupo Parlamentario Popular de Andalucía que, en esencia, conformaría el precepto definitivamente aprobado, cuya redacción se ultimó durante la tramitación de la Propuesta de reforma en el Congreso de los Diputados<sup>1</sup>.

Dos observaciones preliminares han de hacerse antes de abordar la dificultad de determinar exactamente a los beneficiarios, el objeto y fin y los instrumentos normativos previstos en el precepto: de un lado, que dicho precepto se sitúa esencialmente en el contexto de la histórica emigración de andaluces; y, de otro, que la nueva realidad social muestra, con notoriedad, que Andalucía es hoy menos tierra de emigrantes y más de inmigrantes, entendidos los términos en su sentido corriente, y que eso podría explicar la que parece obvia voluntad premeditada de evitar la alusión a la emigración de los andaluces, pues finalmente<sup>2</sup> sólo el art. 245.3 del nuevo Estatuto de Autonomía acoge esa terminología (a la que, por el contrario, se refería abiertamente el Estatuto de 1981, si no en el art. 8.3, decididamente en el art. 12.3.4.º, que inspiró en parte el art. 10 incluido en la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía y después modificado, y en los arts. 23.3 y 72.2), al tiempo que diversos preceptos se ocupan ahora de la inmigración (arts. 10.3.17.º, 37.1.9.º, 62 y 245.3), mientras que la inmigración no era una realidad de la que el estatuyente de 1981 se tuviera que ocupar.

De forma análoga a lo que sucedió en otras comunidades autónomas<sup>3</sup>, el Parlamento de Andalucía desarrolló el art. 8 EAAnd de 1981 por la Ley 7/1986, de 6

<sup>1</sup> En efecto, el G. P. Popular en el Congreso presentaría la enmienda núm. 179 durante la tramitación de la Propuesta de reforma en el Congreso de los Diputados proponiendo una nueva redacción del art. 6 que, entendía el grupo parlamentario, era una mejora técnica que preservaba con claridad las competencias estatales en el ámbito de las relaciones internacionales. Esa enmienda sería rechazada por mayoría de ambas ponencias en lo no afectado por la transaccional del G. P. Socialista en el Congreso al apartado I del art. 6, que daría la redacción definitiva a este precepto.

<sup>2</sup> La enmienda núm. 105, de adición, presentada por el G. P. Andalucista a la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía, perseguía incluir un nuevo art. 58 bis cuyo epígrafe era «Emigración» y cuyo contenido preveía la competencia exclusiva de Andalucía relativa a la emigración.

<sup>3</sup> Por ejemplo, la pionera Ley 8/1994, de 27 de mayo, de relaciones con las Colectividades y Centros Vascos en el Exterior, adoptada por el Parlamento Vasco (Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkaria-BOPI, núm. 111, de 13 de junio de 1994); o la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1986, de 24 de mayo, de la Extremeñidad (DOE de 26 de junio de 1986), completada con el Decreto de la Junta de 31 de mayo de 1994, sobre organización y funcionamiento del Consejo de las Comunidades Extremeñas y del Registro de Asociaciones de la Emigración Extremeña (DOE de 9 de junio de 1994).

de mayo, de reconocimiento de las Comunidades Andaluzas Asentadas fuera del Territorio Andaluz, después derogada y sustituida por la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo. Posteriormente, y ya en vigor el nuevo Estatuto, mediante Decreto de 426/2008, de 29 de julio, se aprobó el Reglamento sobre Reconocimiento y Registro Oficial de Comunidades Andaluzas, y mediante Decreto 306/2009, de 21 de julio, se aprobó el Primer Plan Integral para los Andaluces y Andaluzas en el Mundo<sup>4</sup>.

## B. LOS BENEFICIARIOS

- 5 Los beneficiarios del precepto son, como sugiere la rúbrica, los «Andaluces y andaluzas en el exterior» –éste es uno de los preceptos que incorporaron en el último momento ese lenguaje inclusivo, en un abandono de la universalidad del género masculino que ya estaba presente en otros preceptos de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía y que no es coherente a lo largo del texto del Estatuto definitivamente aprobado–, si bien el texto también se refiere a las «comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía, como tales», a las que ya se refería el art. 8.3 EAAnd de 1981. Lo cierto es que, al margen de que la alusión a «las personas oriundas de Andalucía que no residan en nuestra Comunidad» propuesta por la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario fuera suprimida finalmente, si la condición de andaluz o andaluza se regula en el art. 5 EAAnd, los términos «exterior» y «comunidades andaluzas» no facilitan la determinación de aquellos beneficiarios<sup>5</sup>.
- 6 El término «exterior», asociado en este precepto a los andaluces, y también a las comunidades andaluzas en el art. 6.2, tiene unas connotaciones distintas de la expresión «fuera de Andalucía», donde han de estar asentadas las comunidades andaluzas conforme al art. 6.1. En efecto, si «fuera de Andalucía» están las comunidades asentadas tanto en cualquier otro territorio español como en el extranjero, una interpretación sistemática del nuevo Estatuto nos haría entender que los andaluces y las comunidades andaluzas «en el exterior» han de estar necesariamente no solo fuera de Andalucía, sino también fuera de España. En particular porque, precisamente, la acción de la Comunidad Autónoma en el ámbito de las relaciones en o con otros Estados u organismos internacionales que se regula dentro del Título IX («Relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma») se califica como acción «exterior» (Capítulo IV, arts. 240 a 244)<sup>6</sup>. Hay razones para interpretar que, no obstante, el art. 6

<sup>4</sup> *BOJA* núm. 155, de 11 de agosto de 2009.

<sup>5</sup> Los Estatutos de autonomía que contienen un precepto análogo, todos inspirados en el art. 7.1 EAG, suelen referirlo exclusivamente a las comunidades, como hacía también el art. 8.3 EAAnd de 1981 (aunque en otras disposiciones, como los arts. 12.3.4.º y 23.3, se ocupara de los emigrados o emigrantes andaluces). En este sentido, el EAAs (art. 8), el EAR (art. 6.3), el EAV (art. 3.3), el EAAR (art. 8.1), el EACM (art. 7), el EAE (art. 3.3 y 69.1 h), el EAIB (art. 11) y el EAEL (art. 9). El nuevo art. 68 EAE también habla de los extremeños. Otros Estatutos de autonomía aluden a las comunidades y a sus asociaciones y centros sociales (art. 6 EACant), añaden que la Ley regulará «la especial consideración a los descendientes de canarios emigrados que regresen al archipiélago» (arts. 7 y, en parte, 38.3 EACan) o se refieren sencillamente a los ciudadanos oriundos o procedentes la comunidad autónoma, así como sus asociaciones y centros sociales (art. 9 EAEL).

<sup>6</sup> Además, el art. 212 recogido en la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía –y suprimido posteriormente por reiterativo del contenido del art. 6.2– contemplaba a los «residentes en el exterior» y disponía que «La Junta de Andalucía podrá dirigirse al Gobierno de la Nación instándole a la celebración de convenios con terceros países donde residan andaluces y andaluzas para una especial asistencia a los

incluye también a los andaluces que están fuera de Andalucía pero dentro del territorio español. Esas razones son: en primer lugar, que en la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía la rúbrica del art. 6 era «Comunidades andaluzas en el exterior» y el precepto se refería exclusivamente, como hiciera el art. 8.3 del EAAnd de 1981, a las comunidades asentadas «fuera de Andalucía»; en segundo lugar, que durante la tramitación parlamentaria se fue depurando el término «exterior» o «externo» (particularmente del Título IX, que en un primer momento se rubricó «Relaciones externas de la Comunidad Autónoma» e incluía las relaciones tanto con el Estado y otras comunidades autónomas como con el exterior, propiamente dicho), depuración de la que el art. 6 quedó al margen<sup>7</sup>, como ocurre también señaladamente en el Estatuto de Castilla y León<sup>8</sup>; en tercer lugar, que en el art. 6.2 parecen considerarse sinónimos «exterior» y «fuera de Andalucía», pues no sólo trata de los andaluces y andaluzas en el exterior, sino también de las comunidades andaluzas en el exterior, siendo poco lógico pensar que las comunidades andaluzas de los apartados 1 y 2 del art. 6 son distintas; y, por último, en cuarto lugar, que en el contenido del art. 6 se prevé la formalización de acuerdos con las instituciones públicas y privadas no sólo de los países, sino también de los «territorios» donde se encuentren esos andaluces y andaluzas o esas comunidades andaluzas<sup>9</sup>. Esta interpretación es avalada también por el art. 2 de la Ley 8/2006, a cuyo efecto tienen la consideración de andaluces en el exterior no sólo los andaluces residentes en el extranjero (que determinen como municipio de inscripción en las oficinas o secciones consulares españolas cualesquiera de los municipios de Andalucía), sino también los andaluces residentes temporalmente fuera de Andalucía que tengan su vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía, sin perjuicio de lo establecido en la LRBR. Es significativo igualmente que la coordinación de las políticas respecto a los andaluces en el mundo es competencia de la Dirección General de Voluntariado y Participación de la Consejería de Gobernación y Justicia, a través del Servicio de Relaciones con las Comunidades Andaluzas (antes las competencias relativas a la garantía de los derechos de los andaluces y comunidades andaluzas en el mundo estaban adscritas a la Consejería de Gobernación y atribuidas a la hoy desaparecida Dirección General de Andaluces en el Exterior), y no a la Consejería de Presidencia y a su Secretaría General de Acción Exterior.

### C. EL OBJETO Y FIN

El objeto y fin del art. 6 puede sintetizarse en: reconocer el derecho de los andaluces y andaluzas en el exterior a participar en la vida del pueblo andaluz y a compartirla; reconocer ese mismo derecho y la facultad de solicitar el reconocimiento de la identidad

---

mismos».

<sup>7</sup> En este sentido, era sólida la justificación de la enmienda núm. 572, de modificación, presentada por el G. P. Popular de Andalucía al art. 6 de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía, en el sentido de que, aunque las comunidades andaluzas residen mayoritariamente en el resto de España, existen comunidades andaluzas en el extranjero y, en ambos casos, había que adecuar el precepto a la conformidad constitucional y al Título IX (Capítulos II y IV).

<sup>8</sup> En efecto, la dualidad de regímenes jurídicos por razón del territorio, español o extranjero, en el que se encuentren las personas y comunidades es patente en el art. 9 EACL (Castellanos y leoneses en el exterior).

<sup>9</sup> Por otra parte, el art. 227 EAAnd prevé que «El Consejo de Gobierno podrá suscribir convenios para la celebración de actos de carácter cultural en otras comunidades y ciudades autónomas, especialmente dirigidos a los residentes de origen andaluz».

andaluza de las comunidades andaluzas en el exterior, como tales<sup>10</sup>; y precisar las competencias de la Comunidad Autónoma para fomentar y fortalecer los vínculos con esos andaluces y andaluzas y esas comunidades andaluzas, prestarles asistencia y garantizarles el ejercicio y la defensa de sus derechos e intereses.

- 8 Los términos del derecho a participar<sup>11</sup> en la vida del pueblo andaluz y a compartirla y los efectos del reconocimiento de la identidad andaluza están remitidos, respectivamente, a lo que «en cada caso, establezcan las leyes» y a lo que «dispongan las leyes» (en este último caso, a diferencia del art. 8.3 EAAnd de 1981, que remitía a una ley del Parlamento de Andalucía, y de otros Estatutos coetáneos, no se precisa la salvaguardia de las competencias del Estado). Y bien puede pensarse que este precepto contendría una tautología pues, en términos estatutarios<sup>12</sup>, el reconocimiento de esa identidad andaluza se identificaría en verdad con ese derecho a participar en la vida (social y cultural) del pueblo andaluz y a compartirla<sup>13</sup>. Copiado del art. 7.1 EAG, ésta era la redacción del art. 8.3 EAAnd de 1981 («[...] podrán solicitar, como tales, el reconocimiento de la identidad cultural entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo andaluz»), que no sólo remitía a una ley del Parlamento Andaluz la regulación, sin perjuicio de las competencias del Estado, del alcance y contenido de ese reconocimiento, sino que también precisaba que «en ningún caso implicará la concesión [a las comunidades en cuestión] de derechos políticos»; redacción que inspiraría los apartados 1 y 2 del art. 6 de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía, luego modificados en la forma de la redacción definitiva del art. 6.1<sup>14</sup>.
- 9 El fomento y el fortalecimiento de los vínculos con los andaluces y andaluzas y las comunidades en el exterior, la prestación de asistencia y la garantía del ejercicio y la defensa de sus derechos e intereses también plantean dificultades interpretativas. En primer lugar, si el ejercicio de esa competencia por la Comunidad Autónoma es obligatorio o discrecional, sin que del carácter facultativo del recurso a los instrumentos normativos previstos a tal efecto («podrá» formalizar acuerdos o instar del Estado la celebración de tratados) pueda necesariamente deducirse respuesta alguna<sup>15</sup>. En segundo

<sup>10</sup> Este precepto, a diferencia del análogo art. 6 EACant, salvando las diferencias, no contempla un «derecho» al reconocimiento de la identidad andaluza, sino un más restrictivo derecho o facultad «a solicitar» dicho reconocimiento (lo que fue criticado en la justificación de la enmienda núm. 572, de modificación, presentada por el G. P. Popular de Andalucía al art. 6 de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía).

<sup>11</sup> El empleo del verbo «participar» sustituyó al uso del verbo «colaborar» que aparecía en la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía y, previamente, en el art. 8.3 EAAnd de 1981. El EAV (art. 3.3) y el EAAr (art. 8.1) emplean los tres verbos (derecho a participar, colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo).

<sup>12</sup> De un modo más general, no limitado a los contenidos estatutarios, las reflexiones publicadas en Cano García, G. et ál., 2001, en particular pág. 12 y ss; y Cuenca Toribio, J. M., 2009, pág. 1 y ss.

<sup>13</sup> El EAAr (art. 8.1) no alude a reconocimiento de identidad alguna, sino simplemente a fomentar los vínculos sociales y culturales con las comunidades aragonesas del exterior y prestarles la ayuda necesaria, así como a velar para que dichas comunidades puedan ejercitar su derecho a participar, colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo aragonés)

<sup>14</sup> También el EACant (art. 6) distingue entre el reconocimiento del origen cántabro y el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural de Cantabria

<sup>15</sup> El art. 8.2 EAAr también caracteriza como una facultad el recurso a esos instrumentos y, sin embargo, el art. 8.1 precisa que el ejercicio de esa competencia análoga es un «deber» de los poderes públicos aragoneses.

lugar, ciertamente la prestación de asistencia<sup>16</sup> fue, como dijimos, una novedad del Estatuto andaluz de 1981 no sólo respecto del Estatuto del País Vasco y el Estatuto catalán de 1979 –que únicamente se preocuparon de la salvaguardia y el fomento del euskera y el catalán fuera del País Vasco y de Cataluña<sup>17</sup>, respectivamente, así como de extender los derechos políticos a los residentes en el extranjero<sup>18</sup>–, sino también del Estatuto de Autonomía de Galicia –que se limita a extender también los derechos políticos a los residentes en el extranjero y prevé la solicitud del reconocimiento de galleguidad al que nos referimos anteriormente<sup>19</sup>; esa novedad del Estatuto de Andalucía de 1981 fue incorporada posteriormente a otros Estatutos<sup>20</sup>. Pero ahora no existe una mayor concreción (o restricción) de en qué ha de consistir esa asistencia, a diferencia de la precisión que el art. 12.3.4.º EAAnd de 1981 hacía: la asistencia (a los emigrados se previó, precisamente, «para mantener su vinculación con Andalucía», lo que se acompañaba de una exhortación a la creación de las condiciones para el retorno de los emigrantes<sup>21</sup>. En tercer lugar, tampoco se añade mayor precisión de los «derechos e intereses» cuyo ejercicio y defensa ha de garantizarse; derechos que, en todo caso, no parece que deban limitarse a los derechos políticos definidos en el Estatuto (arts. 5.2 y 30 EAAnd).

El Título II de la Ley 8/2006 recoge los siguientes derechos de los andaluces en el exterior<sup>22</sup>: derecho a ser elector y elegible (art. 5), derecho a formular preguntas de iniciativa ciudadana (art. 6), derecho a participar en las iniciativas legislativas populares (art. 7), derecho a elevar comunicación al Defensor del Pueblo Andaluz (art. 8), derechos de las personas mayores (art. 9) y de la juventud e infancia (art. 10), la igualdad entre géneros (art. 11), el acceso al patrimonio cultural de Andalucía (art. 12), la conservación del patrimonio y la Memoria Histórica (art. 13), el acceso a la participación en programas del Servicio Público de Empleo de la Junta de Andalucía (art. 14), el retorno (art. 15, previendo el Título V, arts. 48 a 50, medidas sociales para facilitar el retorno de los andaluces en el exterior), el acceso a los servicios de carácter social, lúdicos y deportivos (art. 16), derechos relativos a la educación (art. 17) y a la

<sup>16</sup> Aquí la redacción es defectuosa, al mantenerse el artículo «la», que hacía sentido en la redacción de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía –que se refería a la prestación de «la asistencia necesaria»– o en las sucesivas propuestas del G. P. Popular de Andalucía –que se referían a la prestación de «la asistencia adecuada»–, pero no en la redacción definitiva.

<sup>17</sup> Comentando el art. 6 EAAnd, se ha apuntado con razón que, si los poderes públicos andaluces quieren llevar a cabo economías de escala, deberían prestar especial atención al (o influir sobre el) Instituto Cervantes (LOZANO MIRALLES, J., 2009, págs. 57-74).

<sup>18</sup> Arts. 6.5 y 7.2 EAPV y arts. 27.4 y 6.2 EAC de 1979.

<sup>19</sup> Arts. 3.2 y 7 EAG.

<sup>20</sup> En este sentido, actualmente no sólo la incorpora el EAC (art. 13), en el que –como hemos dicho– a su vez se inspira el actual art. 6.2 EAAnd, sino también el EAAR (art. 8.1), que atribuye a los poderes públicos aragoneses el deber de «prestarles la ayuda necesaria».

<sup>21</sup> El EAAnd de 1981 también hablaba en el art. 23.3 de una «especial» asistencia a los emigrantes andaluces, y, como se acaba de mencionar, en diversas propuestas durante la tramitación del nuevo Estatuto se barajaron las expresiones «asistencia necesaria» o «asistencia adecuada». El nuevo art. 58 bis que propuso el G. P. Andalucista en la enmienda núm. 105, para su adición tras la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía, contenía un amplio abanico de otras acciones a favor de los emigrantes, que se referían, entre otras, a su integración en la vida política, cultural, social, laboral y económica en los países y sociedades de destino.

<sup>22</sup> Por Orden de 2 de mayo de 2006 se aprobó la Carta de Servicios de la Dirección General de Andaluces en el Exterior (BOJA núm. 107, de 6 de junio de 2006).

información (art. 18) y en sus relaciones con la Administración de la Junta de Andalucía y, en su caso, con la Administración local (art. 19).

- 11 La Ley 8/2006 se ocupa en sus Títulos III y IV de las comunidades andaluzas y sus miembros y su registro, y de los órganos de relación con tales comunidades, respectivamente. En particular, conforme a esta ley, que regula el procedimiento para el reconocimiento de entidades como comunidades andaluzas (arts. 20 a 23), el alcance y contenido de ese reconocimiento se concreta en las prestaciones y servicios previstas en el art. 25<sup>23</sup> y en las medidas de apoyo y fomento del art. 26<sup>24</sup>, así como en los servicios de carácter general de que pueden disfrutar a través de las comunidades sus miembros (art. 33). Igualmente, se prevé la participación de las comunidades andaluzas a través del Consejo de Comunidades Andaluzas (arts. 39 a 44)<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> a) El acceso a la información de las disposiciones y resoluciones que adopten el Consejo de Gobierno y el Parlamento de Andalucía en las materias específicamente de interés para las comunidades andaluzas. b) La participación en las distintas formas de manifestación de la vida cultural, social y económica andaluza, contribuyendo a su proyección exterior. c) El acceso al patrimonio cultural de Andalucía, así como a los beneficios de la acción de gobierno de la Junta de Andalucía en igualdad de condiciones que las entidades establecidas en Andalucía. d) El derecho a disponer de un fondo editorial, audiovisual e informático básico tendente a facilitar el conocimiento sobre la historia, la cultura, el turismo, el patrimonio cultural y la realidad social andaluza, para su exhibición y fácil acceso entre los miembros de las comunidades andaluzas y las personas interesadas, así como su difusión en el territorio en el que se establezca su ámbito de actuación. e) Un tratamiento específico en cuanto a la prestación de servicios telemáticos. f) La información de los programas de promoción y difusión que se adecuen a los objetivos de las comunidades andaluzas y sean organizados por las instituciones andaluzas en el ámbito territorial donde estén ubicadas, previéndose que siempre que lo permita la naturaleza de la actividad, la Junta de Andalucía invitará a participar a las comunidades andaluzas en estas iniciativas. g) El derecho a solicitar de la Comunidad Autónoma de Andalucía la participación en aquellas actividades que las entidades organicen en fomento de la cultura andaluza. h) El derecho a ser oídas por el Consejo de Comunidades Andaluzas. i) El derecho a estar representadas en el Congreso Mundial de Comunidades Andaluzas.

<sup>24</sup> Subvenciones (Orden de 25 de julio de 2005 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la asistencia y promoción cultural de las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía [*BOJA* núm. 155, de 10 de agosto de 2005]) y otras medidas de apoyo, particularmente aquéllas destinadas a la infancia, la juventud o las personas mayores, así como a la convivencia intergeneracional, las mujeres y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, para contribuir a: promover las actividades o programas relacionados con Andalucía que lleven a cabo las comunidades andaluzas; elaborar proyectos concretos que sean indispensables para el desarrollo de las actividades de las comunidades andaluzas, de acuerdo con los objetivos de la presente ley; potenciar la realización de cursos y conferencias sobre la cultura y la realidad andaluzas en universidades o instituciones culturales de los territorios donde existan comunidades andaluzas; organizar, coordinar y participar en campañas o iniciativas diversas que potencien las relaciones interculturales entre los diversos pueblos del mundo; organizar, coordinar y participar en campañas o iniciativas diversas de solidaridad con las comunidades andaluzas establecidas en territorios con una situación socioeconómica caracterizada por la existencia de necesidades básicas no cubiertas y evidentes para sus miembros; inventariar, catalogar, restaurar y difundir el patrimonio bibliográfico, fotográfico, documental, artístico e etnográfico de las comunidades andaluzas; mejorar el funcionamiento de las comunidades andaluzas.

<sup>25</sup> Decreto 2/2008, de 8 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Comunidades Andaluzas (*BOJA* núm. 31, de 13 de febrero de 2008) y Orden de 28 de marzo de 2008, por la que se regula el procedimiento de elección de las diez vocalías representantes de las comunidades andaluzas en el Consejo de Comunidades Andaluzas (*BOJA* núm. 75, de 16 de abril de 2008).

## D. LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Para alcanzar este objeto y fin, y al margen de las leyes oportunas y de los convenios de colaboración que la Junta de Andalucía puede firmar con las comunidades andaluzas para la prestación de ciertos servicios o el ejercicio de las funciones o representaciones que les sean encomendadas (art. 32 de la Ley 8/2006), el nuevo Estatuto (art. 6.2) prevé dos instrumentos normativos a disposición (uno directa o inmediatamente, otro indirectamente o por mediación del Estado) de la Comunidad Autónoma<sup>26</sup> propios de la «acción exterior» y que, por eso, se contemplan con mayor generalidad en el Capítulo IV del Título IX EAAnd<sup>27</sup>. De un lado, la novedosa formalización por la propia Comunidad Autónoma de acuerdos con las instituciones públicas y privadas de los territorios y países donde se encuentren los andaluces y andaluzas y las comunidades andaluzas en el exterior. Estos acuerdos no son más que una especie de los acuerdos de colaboración genéricos previstos en el art. 241 EAAnd; no obstante, por las razones apuntadas anteriormente, podría interpretarse que entre esas «instituciones públicas y privadas» de esos «territorios» se incluirían las comunidades y ciudades autónomas y, por tanto, aquellos acuerdos incluirían a su vez a los convenios y acuerdos de cooperación previstos en los arts. 226 a 228 EAAnd. Y, de otro lado, la competencia de instar del Estado la suscripción (más propiamente debería decir la celebración) de tratados internacionales, que ya se previó específicamente sobre estas materias en el Estatuto de Andalucía de 1981 (arts. 23.3<sup>28</sup> y, en parte, 72.5<sup>29</sup>); esta facultad de solicitar la celebración de tratados sobre esta materia –«clásica», como lo demuestra también que prácticamente todos los primeros y nuevos Estatutos la contemplan, con escasas variantes<sup>30</sup>– es asimismo, igual que la prevista en el art. 243 EAAnd (idéntico al art. 72.5

12

<sup>26</sup> En otros Estatutos, el instrumento o los instrumentos están a disposición del Gobierno de la comunidad autónoma (arts. 13 EAC, 3.3 EAV y 8.2 EAAr).

<sup>27</sup> Por eso, remitimos a los comentarios a los preceptos de ese capítulo, particularmente del art. 241, de un lado, y, de otro, de los arts. 240.3 y 243.

<sup>28</sup> Ese precepto decía: «Conforme a lo establecido en el art. 12.3.4.º, la Junta de Andalucía podrá dirigirse al Gobierno de la Nación instándole la celebración de convenios o tratados con países de recepción de emigrantes andaluces para una especial asistencia a los mismos»; esta cláusula se recogió en el párrafo 6 de la Base Décima para la reforma del EAAnd, de 16 de diciembre de 2003.

<sup>29</sup> Ese precepto decía: «La Comunidad Autónoma podrá solicitar del Gobierno que celebre y presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que mantenga particulares vínculos culturales o históricos».

<sup>30</sup> Entre esas variantes: (a) no siempre se solicita simplemente al Estado (arts. 13 EAC, 8 EAAst, art. 6 EACant, 6 EAR, 3.3 EAV, 8.2 EAAr, 7 EACM, 3.3 EAE), sino al Estado español (arts. 7.2 EAG y 11 EAIB) o al Gobierno del Estado (art. 38.3 EACan); (b) la otra parte en esos tratados son los Estados donde existan dichas comunidades (es el caso de los «oportunos tratados» de los arts. 7.2 EAG y 3.3 EAE y de los tratados previstos en los arts. 8 EAAst, 6 EACant, 6.4 EAR, 3.3 EAV y 7 EACM), mientras que otros Estatutos simplemente hablan de «los correspondientes tratados o convenios internacionales» (art. 8.2 EAAr) o «los pertinentes tratados internacionales» (art. 11 EAIB); y (c) el objeto y fin de los tratados es normalmente facilitar el reconocimiento de la identidad, del origen o de la personalidad de origen, entendida como derecho a (participar, añaden el EAV y el EAAr) colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo en cuestión (arts. 7.2 EAG, 6 EAR, 7 EACM y 3.3 EAE), mientras que el art. 3.3 EAV prevé que la Generalitat pueda solicitar la celebración de tales tratados o convenios «con la finalidad de que pueda cumplirse lo establecido en el presente artículo», que reúne las disposiciones relativas a la condición de valencianos y a las comunidades de valencianos asentadas fuera de la Comunitat Valenciana, el art. 38.3 EACan se refiere a los tratados o convenios «que permitan estrechar lazos culturales con aquellos países o territorios donde existan comunidades canarias o de descendientes de canarios», y el art. 5 EAIB prevé que el Gobierno «ha de promover la comunicación, el intercambio

EAAnd de 1981, a su vez copiado del art. 35.3 EAG, y cuyo objeto y fin coincide en parte con el del vigente art. 6.2 EAAnd), especie de la genérica contemplada en el art. 240.3 EAAnd. La expresión «según corresponda» hace recaer en la Comunidad Autónoma la determinación de la oportunidad de formalizar por sí misma los acuerdos previstos que no son tratados internacionales o de instar del Estado la celebración de tales tratados internacionales. La Ley 8/2006 (art. 51) prevé que la Junta de Andalucía pueda establecer los mecanismos de colaboración con el Gobierno central para la celebración de acuerdos o tratados internacionales con otros Estados donde residan andaluces en el exterior o personas de origen andaluz, con el objetivo de evitar la pérdida o debilitamiento de su vinculación a Andalucía y, en su caso, facilitarles el ejercicio del derecho al retorno e impulsar la plena integración en los territorios de destino y que, a tal efecto, el Parlamento de Andalucía pueda presentar al Congreso de los Diputados las proposiciones de ley que puedan resultar de interés para los andaluces en el exterior, según lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de Andalucía y en la Constitución española.

---

cultural y la cooperación con las comunidades y los territorios, pertenecientes o no al Estado español, que tienen vínculos lingüísticos y culturales con las Illes Balears. A estos efectos, el Gobierno de las Illes Balears y el Estado, de acuerdo con sus respectivas competencias, podrán suscribir convenios, tratados y otros instrumentos de colaboración».



**Artículo 7. Eficacia territorial de las normas autonómicas**

*Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio. Podrán tener eficacia extraterritorial cuando así se deduzca de su naturaleza y en el marco del ordenamiento constitucional.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20902])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21057]).

**Artículo 7. Eficacia territorial de las normas autonómicas**

*Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio, salvo que se deduzca lo contrario de su propia naturaleza.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23664]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23900]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006 pág. 24254 [pág. 24256]).

**Artículo 7. Eficacia territorial de las normas autonómicas**

*Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio, salvo que se deduzca lo contrario de su propio contenido, en el marco del ordenamiento constitucional.*

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 4]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 200]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 252]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 304]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 91]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 9*

*Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía, tendrán eficacia en su territorio*

[...]

### *Artículo 41*

*1. Todas las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en el presente Estatuto se entienden referidas al ámbito territorial andaluz.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 20.6); Cataluña (art. 14.1); Galicia (art. 37.1); Principado de Asturias (art. 15); Cantabria (art. 33.1); Murcia (art. 15.1); Comunidad Valenciana (art. 7.2); Aragón (art. 9.1); Castilla-La Mancha (art. 39.1); Canarias (40.1); Comunidad Foral de Navarra (art. 43); Extremadura (art. 2.2); Baleares (art. 10); Madrid (art. 34.1).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

**E. JURISPRUDENCIA**

STC 4/1981, FJ 3.º  
STC 37/1981, FJ 1.º  
STC 72/1983, FJ 4.º  
STC 44/1984, FJ 2.º  
STC 86/1984, FJ 6.º  
STC 96/1984, FJ 6.º  
STC 154/1985, FF.JJ. 6.º y 5.º  
STC 99/1986, FJ 6.º  
STC 87/1987, FJ 5.º  
STC 13/1988, FJ 2.º  
STC 48/1988, FJ 4.º  
STC 49/1988, FF.JJ. 29.º y 34.º  
STC 53/1988, FJ 1.º  
STC 86/1989, FJ 9.º  
STC 88/1989, FJ 3.º  
STC 64/1990, FF.JJ. 5.º y 7.º a 9.º  
STC 150/1990, FJ 5.º  
STC 66/1991, FF.JJ. 2.º y 4.º  
STC 135/1992, FJ 5.º  
STC 156/1993, FJ 3.º  
STC 329/1993, FF.JJ. 3.º y 4.º  
STC 163/1994, FF.JJ. 3.º, 5.º, 8.º y Voto particular.  
STC 164/1994, FF.JJ. 4.º y 5.º  
STC 165/1994, FF.JJ. 3.º y 4.º  
STC 243/1994, FJ 6.º  
STC 330/1994, FJ 6.º y Voto particular.  
STC 101/1995, FF.JJ. 4.º a 8.º y 10.º  
STC 102/1995, FJ 19.º  
STC 132/1996, FF.JJ. 4.º a 6.º  
STC 133/1997, FF.JJ. 8.º, 9.º a, 9.º e y 12.º  
STC 196/1997, FF.JJ. 9.º A y 9.º B.  
STC 65/1998, FJ 5.º  
STC 132/1998, FJ 13.º  
STC 171/1998, FJ 6.º  
STC 223/2000, FJ 11.º  
STC 195/2001, FJ 3.º  
STC 194/2004, FJ 8.º  
STC 173/2005, FF.JJ. 7.º a 13.º  
STC 247/2007, FF.JJ. 5.º, 6.º y 23.º

**F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

AMATE ÁVILA, María Luisa: «Art. 7. Eficacia territorial de las normas autonómicas», en ORTIZ SÁNCHEZ, M., y CARRASCO LÓPEZ, I. (Coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, Asociación de

Letrados de la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 66-68.

ARCE JANÁRIZ, Alberto: *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Cívitas, Madrid, 1988.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco, Oñati, 1982.

MEILÁN GIL, José Luis: *La ordenación jurídica de las autonomías*, Tecnos, Madrid, 1988.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (I), 2. Ed., Iustel, Madrid, 2007.

NAVARRO ATIENZA, Manuel: «Art. 43. Alcance territorial y efectos de las competencias», en ORTIZ SÁNCHEZ, M., y CARRASCO LÓPEZ, I. (Coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 162-165.

PÉREZ MILLA, José Javier: *La territorialidad en el ordenamiento plurilegislativo español*, Ciriec-España, Valencia, 1999.

REBOLLO PUIG, Manuel: «El Derecho propio de Andalucía y sus fuentes», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Cívitas, Pamplona, 2008, págs. 119-260.

RUIZ ROBLEDO, Agustín: *El ordenamiento jurídico andaluz*, Cívitas, Madrid, 1991.

—: (Coord. y estudio preliminar): *La elaboración del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía en sus documentos. Tomo I*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2007.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. I. El principio de territorialidad en el Estatuto de Autonomía para Andalucía. II. Fundamento constitucional del principio de territorialidad. III. El principio de territorialidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. C. EL CRITERIO DE EXTRATERRITORIALIDAD. I. El alcance extraterritorial de las competencias autonómicas en la jurisprudencia constitucional. Planteamiento general. II. El criterio de extraterritorialidad en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

### A. INTRODUCCIÓN

- <sup>1</sup> El aspecto territorial de la Comunidad Autónoma es objeto, en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, de tratamiento normativo desde distintas perspectivas. Entre las más importantes se encuentran la delimitación de la extensión de la Comunidad Autónoma de Andalucía, abordada en el art. 2 EAAnd; el modo en que el poder se

organiza sobre la base del territorio, aspecto regulado en su Título III (arts. 89 a 98) o la eficacia territorial que las normas y los actos de los poderes autonómicos pueden llegar a desplegar, cuestión a la que se dedican los arts. 7 y 43 EAAAnd. Es el art. 7, precisamente, el objeto de estudio de las siguientes páginas. En ellas situaremos su contenido en el marco de la doctrina del TC sobre el principio de territorialidad de las competencias autonómicas y sus excepciones (criterio de extraterritorialidad). Para ello, pondremos en relación el citado art. 7 con el art. 43.1 EAAAnd., con el que se encuentra, como veremos, íntimamente vinculado.

## B. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

### I. El principio de territorialidad en el Estatuto de Autonomía para Andalucía

El alcance territorial del ejercicio de las competencias autonómicas se encuentra regulado con carácter general en dos preceptos del Estatuto de Autonomía para Andalucía: los arts. 7 y 43. El primero lleva como epígrafe «Eficacia territorial de las normas autonómicas»; el art. 43 EAAAnd, por su parte, viene encabezado por el de «Alcance territorial y efectos de las competencias». Ambos parten del mismo principio: el ejercicio de las competencias autonómicas produce efectos en el ámbito del territorio de Andalucía, definido en el art. 2 EAAAnd. Con relación a este principio general, el art. 7 EAAAnd supone una especificación del art. 43, en la medida en que su alcance es menor. En efecto, si el art. 43 EAAAnd se refiere en general al «ejercicio de las competencias autonómicas», el art. 7 regula la eficacia territorial de «las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía». Al constituir la emanación de tales leyes y normas un supuesto concreto de ejercicio de competencias autonómicas, debemos concluir que el art. 7 adelanta en el Estatuto respecto de aquéllas la idea de territorialidad que posteriormente el art. 43 EAAAnd va a establecer con carácter general (REBOLLO PUIG, M., 2008, pág. 146; NAVARRO ATIENZA, M., 2008, pág. 165). <sup>2</sup>

En la anterior redacción del Estatuto, la relación entre competencias y territorio se encontraba regulada en dos artículos distintos. Por un lado, el art. 9 EAAAnd de 1981 disponía, en los mismos términos que la cláusula de territorialidad del actual art. 7 EAAAnd, que «Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía, tendrán eficacia en su territorio». Por su parte, según el art. 41.1 EAAAnd de 1981, «Todas las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en el presente Estatuto se entienden referidas al ámbito territorial andaluz». <sup>3</sup>

El sentido de ambos preceptos era diferente, si bien en los dos casos se persigue el mismo objetivo: ceñir el ámbito de influencia de la actuación de los poderes públicos autonómicos al territorio de la Comunidad. El primero de ellos (art. 9, en su anterior redacción) abordaba la cuestión de la territorialidad de la eficacia de las leyes y normas autonómicas, materia actualmente regulada por los arts. 7 y 43.1 EAAAnd. El anterior art. 41.1 EAAAnd, sin embargo, no regulaba el mismo objeto, sino que establecía una cláusula general, en virtud de la cual la referencia al territorio autonómico venía a integrar cada uno de los títulos competenciales incluidos en el Estatuto. Por lo tanto, no aludía al alcance de los efectos en el ejercicio de las competencias autonómicas, sino que completaba la delimitación de los títulos competenciales autonómicos con una <sup>4</sup>

necesaria referencia al territorio de Andalucía. Así, por ejemplo, cuando el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 recogía la competencia exclusiva en materia de «montes» (anterior art. 13.7), debía entenderse que el objeto competencial venía constituido exclusivamente por los montes situados en el territorio de Andalucía. De este modo, cualquier exceso cometido al respecto suponía la invalidez de la norma o acto de la Comunidad Autónoma de Andalucía (RUIZ ROBLEDO, A., 1991, págs. 152-153)<sup>1</sup>. En este sentido, la STC 88/1989 señala que:

Es evidente que «el ámbito territorial del País Vasco», al que, salvo disposición expresa en contrario, se entienden referidas las competencias estatutariamente asumidas (art. 20.6 EAPV) es uno de los elementos determinantes de la competencia de la Comunidad Autónoma, pues, en virtud de la regla general de territorialidad del art. 20.6 del Estatuto de Autonomía, la conexión territorial de las competencias se incorpora a cada norma atributiva contenida en el Estatuto, delimitando su supuesto de hecho y condicionando especialmente la habilitación que otorga (FJ 3.º).

Por su parte, la STC 171/1998 señala, en relación con el título competencial en materia de juego que figuraba en la anterior redacción del art. 9.32 EAC, que éste no comprende la competencia de organizar y autorizar la celebración de juegos en todo el territorio nacional «puesto que el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía limita al territorio de la Comunidad el ámbito en el que ha de desenvolver sus competencias» (FJ 6.º).

- 5 En la redacción del Estatuto andaluz vigente tras su reforma no se recoge, sin embargo, ningún precepto equivalente al antiguo art. 41.1, mientras que se desglosa el significado del anterior art. 9 en dos artículos distintos: 7 y 43.1.

## II. Fundamento constitucional del principio de territorialidad

- 6 En un Estado complejo, como el nuestro, los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, sino que en éste participan diversas entidades territoriales que disfrutan de una autonomía definida legalmente. Esta idea aparece claramente recogida en el art. 137 CE, cuando establece que «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Es por ello por lo que las comunidades autónomas son definidas por el Tribunal Constitucional como «corporaciones públicas de base territorial y naturaleza política» (STC 4/1981, FJ 3.º). En definitiva, el poder público ejercido por estos entes –en lo que aquí interesa, las comunidades autónomas– aparece desde el inicio vinculado a una determinada parte del territorio español, que resulta definida en su propio Estatuto de autonomía, como consecuencia de la reserva que a éste realiza el art. 147.2 b) CE. Así pues, los títulos competenciales autonómicos han de entenderse ab initio referidos a objetos situados dentro del territorio de la comunidad, del mismo modo que el principio general debe ser la limitación a éste de los efectos del ejercicio de las competencias (ARCE JANÁRIZ, A., 1988, págs. 45 y 132; PÉREZ MILLA, J. J., 1999, pág. 17). La actual división de todo el territorio nacional en comunidades autónomas impide adoptar otro punto de partida, puesto que una generalización de la extraterritorialidad haría inviable la subsistencia del principio de autonomía, al permitir la actuación sobre el territorio de

<sup>1</sup> Este argumento puede verse, en términos generales, en LASAGABASTER HERRARTE, I., 1982, pág. 1981, y ARCE JANÁRIZ, A., 1988, págs. 121-123.

cada comunidad, no ya del poder central del Estado, algo lógicamente posible, sino de los poderes correspondientes a otras comunidades autónomas. Es en este sentido, en el que el Tribunal Constitucional afirma que

en principio, las competencias de las comunidades autónomas se ejercen dentro de los límites de su territorio, pues «esta referencia territorial, que, como criterio general, se encuentra en todos los Estatutos de autonomía, viene impuesta por la organización territorial del Estado en comunidades autónomas (art. 137 de la Constitución) y responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas comunidades» (STC 247/2007, FJ 23.º, con cita de la STC 44/1984, FJ 2.º).

En la Constitución podemos encontrar alguna manifestación del principio de territorialidad. Es éste el caso del art. 157.2 CE, que establece que «Las comunidades autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio [...]».

Por otra parte, el principio de eficacia territorial tiene también su fundamento constitucional, desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, en el régimen jurídico de los Estatutos de autonomía. En efecto, los Estatutos de autonomía son, como la propia Constitución establece, «la norma institucional básica de cada comunidad autónoma» (art. 147.1 CE). A través de ellos opera el principio dispositivo, básico en el proceso de formación y consolidación de las comunidades autónomas. De la aprobación del Estatuto de Autonomía depende, incluso, la creación de tales comunidades. En este sentido, como señala la STC 247/2007 (FJ 5.º), «Los Estatutos de autonomía son, así, no sólo la norma fundacional de la correspondiente comunidad autónoma (arts. 143 y 151 CE), sino también la norma expresiva de su acervo institucional y competencial (art. 147.2 CE)». Pues bien, el elemento territorial impregna el sentido del propio Estatuto como fuente del Derecho. Por su origen, «es vehículo de la pretensión de autonomía de un determinado territorio». Ellos son además, como indica allí mismo el Tribunal Constitucional, «pieza esencial en la distribución territorial del poder político del Estado». Por este motivo, forma parte del contenido mínimo del Estatuto de autonomía para una comunidad autónoma «la delimitación de su territorio» [art. 147.2 b) CE]. De los propios Estatutos de autonomía ha señalado la sentencia citada que «tienen una eficacia territorial limitada, al dotar de virtualidad al principio constitucional de autonomía en un territorio determinado». El Estatuto de autonomía constituye la «norma de cabecera del ordenamiento autonómico, esto es, su norma superior, lo que supone que las demás le estén subordinadas» (STC 247/2007, FJ 6.º). Si sumamos a ello su condición de norma fundacional de la comunidad, el resultado es que las normas por ella emanadas y sus actos de aplicación no pueden sino estar sometidas a la misma limitación espacial, en cuanto a su eficacia, que el propio Estatuto de Autonomía del cual derivan su legitimidad. De este modo, un Estatuto de autonomía no podría autorizar el ejercicio por una comunidad de sus competencias en el territorio de otra, pues, como ha indicado con carácter general el Tribunal Constitucional, los contenidos normativos que afecten a una cierta comunidad autónoma no pueden quedar fijados en el Estatuto de otra comunidad (STC 99/1986, FJ 6.º).

### III. El principio de territorialidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

9 El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto los dos usos del territorio en materia competencial a los que se hacía antes referencia. En palabras del Tribunal,

es preciso distinguir dos distintas funciones del «territorio» dentro del orden constitucional de competencias: El «territorio» como límite general del ejercicio por parte de las comunidades autónomas de sus propias competencias (en el sentido del art. 25.1 EAC: «Todas las competencias mencionadas en los anteriores artículos y en los demás del presente Estatuto se entienden referidas al territorio de Cataluña»); y el «territorial» como criterio específico de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en determinadas materias, y que supone una delimitación de las respectivas competencias según el alcance intra o supracomunitario de las mismas.

En el primero de los sentidos [...] el «principio de territorialidad» no constituye regla alguna de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, sino un límite general al ejercicio por las comunidades autónomas de cualesquiera competencias, aplicable también en materia de carreteras [...] Sin embargo, es evidente que el art. 9.14 EAC, al disponer, en correspondencia con el art. 148.1.5.<sup>a</sup> CE, que la Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre «carreteras y caminos cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de Cataluña», no se está limitando a recoger el «principio de territorialidad» en el sentido indicado (para lo cual hubiera bastado con asumir si ello fuera constitucionalmente posible, competencia en materia de «carreteras y caminos», de lo que resultaría la imposibilidad de que hubiera carreteras estatales en el territorio de Cataluña), sino que está añadiendo un criterio delimitador de sus competencias en materia de carreteras frente a las del Estado (STC 65/1998, FJ 5.º)<sup>2</sup>.

10 La existencia de esta delimitación territorial –expresa o implícita– de los títulos competenciales ha permitido al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre el valor que pueden tener, de cara a la determinación del reparto competencial sobre una materia, las fórmulas incluidas en algunos títulos competenciales autonómicos que circunscriben expresamente el objeto competencial al territorio de la comunidad. Así sucede en el caso de la materia «Ferias internacionales». Al respecto, cuando el Tribunal Constitucional analiza el art. 12.6 EAPV, que atribuye al País Vasco la competencia de «ejecución de la legislación del Estado» en materia de «Ferias internacionales celebradas en el País Vasco», y los arts. 11.6 EAC (anterior redacción) y 33.5 EACV (anterior redacción), que utilizan redacciones de similar significado, indica que:

Podría, en principio, entenderse que el inciso, en cualquiera de sus formulaciones («celebradas en el País Vasco», «que se celebren en Cataluña», «que se celebren en su territorio»), no tiene otro sentido que el de delimitar el ámbito territorial de la competencia. Ocurre, sin embargo, que una precisión de este tipo en cada una de las competencias asumidas resulta superflua desde el momento en que el principio de territorialidad de las competencias es algo implícito al propio sistema de autonomías territoriales, habiéndolo consagrado, así de forma expresa las normas estatutarias (art. 20.6 EAPV, art. 7.1 EAC, art. 8 EACV). Quiere esto decir que el sentido del inciso no puede explicarse, en principio, como una pura reiteración del carácter territorial de la competencia.

<sup>2</sup> Aunque estamos de acuerdo en la distinción indicada, creemos que el TC realiza en la cita reproducida un erróneo empleo de los artículos allí mencionados, ya que el objetivo de ambos preceptos estatutarios es incardinable en la misma función.



El inciso, o los incisos, que nos ocupan no tienen por objeto una precisión de la «competencia», sino, y éste es su sentido lógico, una precisión de la «materia» sobre la que dicha competencia se ejerce. Así, cuando el Estatuto de Autonomía del País Vasco utiliza la expresión «Ferias internacionales celebradas en el País Vasco», lo que está haciendo es identificar en los concretos certámenes feriales que se vienen celebrando en dicha Comunidad Autónoma el ámbito material sobre el que la Comunidad Autónoma asume la competencia de ejecución de la legislación del Estado. Del mismo modo, cuando los Estatutos de autonomía de Cataluña y de la Comunidad Valenciana se refieren a las Ferias internacionales que se celebran «en Cataluña», o «en su territorio» están de nuevo configurando la «materia», sobre la que se ejerce la competencia en cuestión, como identificada con los concretos certámenes feriales internacionales que tengan –o puedan tener– lugar en dichas comunidades autónomas. Dicho con otras palabras, los Estatutos de autonomía en cuestión no han atribuido una competencia genérica, como parecen entender los recurrentes, de ejecución de la legislación del Estado sobre una genérica materia «ferias internacionales», sino una específica competencia de ejecución de la legislación del Estado sobre el específico ámbito material configurado por los concretos certámenes feriales a los que se haya atribuido previamente el carácter de internacionales que tengan o puedan tener lugar en las comunidades autónomas recurrentes» (STC 13/1988, FJ 2.º).

En definitiva, debe atenderse a la posibilidad de que las cláusulas territoriales expresamente recogidas en los títulos competenciales autonómicos puedan tener un sentido restrictivo sobre el ámbito competencial de la Comunidad, más allá del que se deriva del principio de territorialidad, en sí mismo considerado. 11

A lo largo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden verse diversos ejemplos de aplicación del principio de territorialidad. Citaremos aquí únicamente los siguientes: a) la STC 72/1983 concluye que, a falta de una disposición estatutaria que expresamente indicara que la competencia autonómica había de extenderse a todas aquellas cooperativas que desarrollaran «principalmente» sus funciones en la correspondiente comunidad autónoma –en el caso concreto, el País Vasco– debía entenderse que tal competencia se había asumido únicamente respecto de las que desarrollaran su actividad propia exclusivamente en el ámbito territorial de la citada comunidad; ello es así aun cuando establezcan relaciones jurídicas o realicen actividades de carácter instrumental fuera del territorio de la misma, cuestiones sobre las que no incide directamente el título competencial citado (FJ 4.º); b) en la STC 101/1995, la realización por parte del Servicio Vasco de Salud de análisis oficiales de las aguas del municipio de Villaverde de Trucios, situado en la Comunidad Autónoma de Cantabria, y la comunicación del resultado de los mismos al jefe local de Sanidad de dicho municipio, con información del deber de adoptar a la mayor brevedad posible las medidas oportunas para la corrección de la no potabilidad del agua, son valorados «como un todo, un acto formal de una autoridad propia que, por medio de hechos concretos dentro de una actuación materia de sus potestades, expresa una afirmación de competencia que invade el ejercicio de competencias que corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria» (FJ 7.º). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional admite como correcta la alegación de Cantabria en cuanto a la norma competencial vulnerada, 12

que no puede ser otra que el límite general de la territorialidad insito al ejercicio de toda competencia o potestad autonómica contenida tanto en la Constitución como en los

respectivos Estatutos de autonomía, que aquí jugaría negativamente excluyendo, en principio, el ejercicio de una competencia ajena (FJ 4.º).

c) La STC 132/1996 anula el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria que incluía, en un proyecto de carretera un tramo que discurría por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por vulneración del orden de competencias establecido. Esta actuación está viciada de incompetencia por exceder, como declara el Tribunal Constitucional, de los límites territoriales que enmarcan el lícito ejercicio de las competencias autonómicas, invadiendo así la competencia de la Comunidad castellano-leonesa; d) el criterio de territorialidad explica también la declaración de inconstitucionalidad de la inclusión, según el anexo de una ley, en la red vasca de carreteras, del tramo que discurre por el Condado de Treviño de la N-1 a Irún, al pertenecer dicho enclave a la Comunidad de Castilla y León (provincia de Bruggos) y no a la Comunidad Autónoma vasca (STC 132/1998, FJ 13.º).

- 13 Como manifestación del principio general de territorialidad, deben ser contemplados aquellos casos en los que, del ejercicio por una comunidad autónoma de sus competencias en materia económica, resultan normas que, si bien son aplicadas únicamente en el territorio autonómico, generan derechos u obligaciones respecto de sujetos radicados en otras comunidades en la estricta medida en que operan, o desean operar, en aquélla. La comunidad autónoma ejerce en estos casos sus competencias en su propio territorio, y con un alcance a él mismo limitado. En estos casos se pone especialmente de manifiesto la tensión entre autonomía y unidad (RUIZ ROBLEDO, A., 1991, pág. 153). El Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar en torno a la incidencia de dichas actuaciones sobre otros bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, tales como la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional (art. 139.2 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE) o el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Así, sin perjuicio de la necesidad de efectuar el análisis del caso específico que pudiera plantearse, el Tribunal Constitucional ha sostenido que

nunca podrá considerarse «obstáculo» para la libre circulación de bienes en todo el territorio el efecto que se siga de la aplicación de una norma que resulta, por su objeto y por su contenido, de indiscutible competencia autonómica, llevando la argumentación contraria, más bien, a una inadmisibile constrictión de las potestades autonómicas en aras de un entendimiento del principio de unidad del mercado que no se compadece con la forma compleja de nuestro Estado (STC 87/1987, FJ 5.º).

- 14 Un ejemplo lo encontramos en la STC 66/1991, donde se plantea la constitucionalidad del art. 2 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León de 7 de enero de 1988, que prohibía el comercio, en el ámbito territorial de Castilla y León, con cangrejos vivos del río de cualquier especie. Con este fin, el Gobierno utiliza la vía del título V de la LOTC, con lo que no formula reproche alguno de incompetencia, sino que basa su fundamentación en la violación de otros preceptos constitucionales ajenos a las reglas competenciales, concretamente: libre circulación de mercancías en todo el territorio nacional, libertad de empresa y derecho a la propiedad privada. Pese a todo, el Tribunal Constitucional valora el ajuste de la medida al territorio de la comunidad autónoma en cuestión (STC 66/1991, FJ 4.º).

En esta STC 66/1991, el Tribunal Constitucional sintetiza del siguiente modo su doctrina al respecto: 15

no toda medida que incida en la libre circulación de bienes –y personas– por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 de la Constitución sino que únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º). Asimismo, hemos precisado que las regulaciones autonómicas que –como la de la Administración de Castilla y León, al disponer la prohibición que se impugna en este proceso– prevengan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, introduciendo un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación es admisible con tal que dentro del ámbito competencial respectivo, «resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin (STC 88/1986, fundamento jurídico 6.º)». Y, en fin, desde sus primeras resoluciones (STC 26/1981, fundamento jurídico 15), ha venido a decir el Tribunal que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor (FJ 2.º).

El Tribunal Constitucional ha puesto de relieve en alguna ocasión otra dimensión del significado del principio de territorialidad (MEILÁN GIL, J. L., 1988, pág. 142). Así, en la STC 53/1988, el Tribunal Constitucional resuelve un conflicto de competencias planteado por el Gobierno vasco, que reclamaba para sí la competencia exclusiva para declarar «de interés sanitario» los actos científicos que tuvieran lugar en el territorio de esa Comunidad Autónoma, a los efectos de beneficiarse de las ventajas dispuestas por la orden ministerial impugnada. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece que 16

es claro que la territorialidad de las competencias autonómicas impide que los poderes centrales del Estado establezcan ordenaciones o regulaciones de materias reservadas a la competencia de las comunidades autónomas –e incluso medidas de fomento que sean inescindibles de tal regulación, como ya dijimos en nuestra STC 125/1984– esa misma territorialidad hace imposible que los Gobiernos de las comunidades autónomas fomenten con medios ajenos, esto es, con recursos o beneficios dependientes u otorgados por otros poderes, las actividades realizadas dentro de su propio territorio, a menos que estos otros poderes los pongan a su disposición, pues la limitación territorial opera aquí respecto de los efectos que la medida de fomento entraña, no con referencia a la localización de la actividad distinguida o fomentada, máxime cuando, como aquí es el caso, la distinción se otorga en razón de valores o méritos que no son, en modo alguno, locales (STC 53/1988, FJ 1.º).

## C. EL CRITERIO DE EXTRATERRITORIALIDAD

### I. El alcance extraterritorial de las competencias autonómicas en la jurisprudencia constitucional. Planteamiento general

En el apartado anterior se ha indicado que, al quedar en nuestro Estado organizado desde un punto de vista territorial el poder público en comunidades autónomas, los 17

poderes autonómicos deben en principio limitar su actuación al territorio de su respectiva comunidad, como medio necesario para lograr la convivencia de todos ellos a través del respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía. Sin embargo, el principio de autonomía debe cohonestarse con el de unidad de la Nación española y sus diversas manifestaciones (principalmente, unidad de ordenamiento jurídico, unidad económica y unidad de mercado), así como con la libertad de circulación y establecimiento de personas y libertad de circulación de bienes en todo el territorio nacional. Todos estos elementos, unidos a la complejidad de las actuales relaciones sociales, económicas y culturales, impiden a nuestro ordenamiento jurídico funcionar sobre la base de compartimentos estancos, a los que se llegaría a través de una aplicación estricta del criterio de territorialidad. Éste se ve obligado a convivir, pues, con el reconocimiento en ocasiones de una determinada eficacia extraterritorial al ejercicio por las comunidades autónomas de sus competencias. Esta idea apareció pronto recogida en la jurisprudencia constitucional. Así, ya la STC 37/1981 afirmaba que

esta limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a los órganos de la comunidad autónoma, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional; la unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las comunidades autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación (FJ 1.º).

**18** En el mismo sentido, la STC 86/1984 señala que

es precisamente la unidad económica de España, a que antes se ha hecho referencia, la que mantiene siempre abierta la posibilidad de que, cualquier actuación en materia económica realizada válidamente por cada comunidad autónoma dentro de su propio territorio y en uso de sus legítimas competencias, pueda producir alguna consecuencia fuera de dicho territorio (FJ 6.º).

**19** De este modo, el límite territorial «ha de interpretarse con la flexibilidad suficiente para no vaciar de contenido las competencias asumidas» (STC 44/1984, FJ 2.º). Se recurre, por tanto, a la doctrina de la extraterritorialidad para permitir excepcionalmente la extensión de los efectos del ejercicio de una competencia autonómica más allá del territorio de la comunidad autónoma actuante.

**20** El Tribunal Constitucional ha advertido contra un uso «invertido» de la doctrina en materia de extraterritorialidad, que se produciría, a su juicio, cuando, basándose en la constitucionalidad del ejercicio de competencias autonómicas susceptible de producir efectos fuera del territorio de la comunidad autónoma, ésta pretendiera deducir la titularidad de una competencia distinta y de mayor alcance de aquella que en realidad posee, con la correspondiente privación al Estado del ejercicio de las suyas. Así sucede en la STC 196/1997, en la que el Tribunal Constitucional analiza la constitucionalidad del art. 132 de la Ley de Propiedad Intelectual, que somete a la autorización del Ministerio de Cultura a las entidades de gestión de los derechos regulados en la ley, frente a la alegación de los recurrentes, que estiman que se trata de una actuación típicamente ejecutiva, y, por tanto, competencia de las comunidades autónomas. El Tribunal Constitucional, tras negar la naturaleza meramente ejecutiva del acto, y justificar la atribución de la competencia al Estado en la necesidad de asegurar el

mantenimiento de un régimen jurídico unitario de la gestión de la explotación de los derechos de la propiedad intelectual y de la uniformidad de la ordenación jurídica de la materia [FJ 9.º A)], aborda otro argumento utilizado por los recurrentes, basado en que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre el carácter territorial de las competencias autonómicas no impide a una comunidad autónoma adoptar decisiones que produzcan efectos o consecuencias de hecho más allá de su territorio. El Tribunal Constitucional, aun confirmando la doctrina en cuestión, sostiene que

no se le puede dar el alcance expansivo que se pretende y a través de ella convertir una competencia «de ejecución de la legislación del Estado», que es la que tienen las recurrentes con arreglo a los arts. 11.3 (EAC) y 12.4 (EAPV), en un título competencial que les permita, en razón de ser posible la extraterritorialidad de los efectos de sus competencias, alterar el sistema unitario establecido por el legislador en el que las entidades de gestión, lo mismo que antes la SGAE a la que sustituyen, desarrollen su actividad de representación, gestión y defensa de los derechos de autor –al igual que aquella– en todo el territorio nacional [FJ 9.º B)].

Si la extraterritorialidad de los efectos del ejercicio de las competencias autonómicas se muestra como excepción al criterio general de territorialidad, es necesario indicar cuándo tiene cabida esta excepción en nuestro ordenamiento constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ofrece algunas respuestas al respecto. En efecto, el Tribunal ha sostenido que: 21

El ámbito de la competencia autonómica viene [...] dado por el principio de territorialidad, sin perjuicio de las posibles consecuencias extraterritoriales de hecho que, en su caso, pudieran derivarse de las decisiones adoptadas en el ejercicio de las competencias autonómicas [...] y de las excepciones que estatutariamente puedan preverse o resultar de las normas dictadas para resolver los conflictos de leyes», sobre la base del art. 149.1.8.ª CE (STC 48/1988, FJ 4.º).

Con anterioridad, en relación con el art. 20.6 EAPV, señaló el Tribunal Constitucional que: 22

De acuerdo con este precepto, las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma han de entenderse referidas al ámbito territorial del País Vasco, «salvo disposición expresa en contrario». Esta disposición expresa, que vendría a determinar de otra forma el ámbito territorial de la competencia asumida en algún supuesto determinado habría de estar contenida en el bloque de la constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 28 de la LOTC, es decir, con carácter general, en la Constitución, el Estatuto o en las Leyes determinadoras de las competencias en el marco de la Constitución (STC 72/1983, FJ 4.º).

De este modo, podría concluirse, sobre la base de esta doctrina constitucional, que el principio de territorialidad del ejercicio de las competencias autonómicas puede ser objeto de excepción en los siguientes supuestos: 23

a) Cuando del correcto ejercicio de las competencias pudieran derivarse consecuencias extraterritoriales de hecho, o, mejor dicho, pudieran derivarse de hecho consecuencias extraterritoriales de carácter jurídico. Este supuesto ha sido en ocasiones denominado «extraterritorialidad secundaria» (ARCE JANÁRIZ, A., 1988, pág. 135).

b) Cuando tal excepción viniera habilitada expresamente por el Estatuto de autonomía u otra norma perteneciente al bloque de la constitucionalidad.

c) En los supuestos en que una norma dictada para resolver un conflicto de leyes, sobre la base del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE así lo autorizara.

24 Por lo que respecta al primero de los supuestos citados, la apertura limitada de nuestro ordenamiento jurídico al juego excepcional del criterio de extraterritorialidad ha servido en ocasiones de base a una reacción del Tribunal Constitucional frente a actuaciones de los poderes centrales dirigidas a asumir competencias sobre una materia en virtud de las consecuencias supraautonómicas de su ejercicio por las comunidades. En este capítulo podemos citar, entre otras, la STC 133/1997, en la que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley estatal que condicionaba la creación por las comunidades autónomas de las Bolsas ubicadas en su territorio a la conformidad del Gobierno de la Nación «atendiendo a los elementos y consecuencias supracomunitarias de dicha creación»; las SSTC 86/1984 y 96/1984, sobre autorización del folleto de una emisión de obligaciones de una compañía; la STC 243/1994, en materia de suspensión de autorizaciones a entidades de inspección y control en materia de industria; la STC 49/1988, en donde se declara la inconstitucionalidad de la norma legal por la que el Estado asumía todas las competencias en el caso de las cajas de ahorro cuyo volumen de depósitos captados fuera del territorio de la comunidad autónoma en la que tuviera su domicilio excediera del 50%; o la STC 135/1992, sobre los efectos de los controles metrológicos efectuados por la Administración autonómica (FJ 5.º). En ellas el Tribunal Constitucional destaca la insuficiencia del argumento de la supraterritorialidad del alcance del ejercicio de la competencia autonómica para producir una modificación del reparto competencial.

25 En todos estos supuestos, la producción de efectos de alcance supraautonómico se muestra como potencialidad natural de la competencia de la comunidad, ejercida en un contexto de unidad ordinamental y económica. No se condiciona, por tanto, por el Tribunal Constitucional dicho alcance a su habilitación expresa en el Estatuto de autonomía o en otra ley estatal. El Estado podrá operar, en su caso, sobre estos efectos a través de las competencias de las que sea titular si su interpretación lo permite, pero nunca recabando para sí la titularidad de una competencia que ha sido asumida estatutariamente por una comunidad autónoma. Como sostiene la STC 49/1988, «el interés en sí [...] no es un título para adjudicar competencias ni para limitarlas, salvo en los casos que la Constitución o los mismos Estatutos lo señalen» (FJ 34.º). Dicho de otro modo,

el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, que ya ha sido configurado por la Constitución teniendo presente el interés general [...] vincula a todos los poderes públicos, y el legislador estatal no puede incidir en él sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (STC 48/1988, FJ 4.º).

26 Distinto es el caso de la STC 64/1990, que analiza la constitucionalidad del art. 16 del Decreto de la Junta de Galicia 151/1984, a cuyo tenor se subvencionaba «hasta el 100% del importe del desmontaje, transporte y montaje de los bienes de equipo de las industrias que se trasladen a Galicia», en función de los objetivos establecidos en el propio decreto. Su impugnación se basó en motivos ajenos a los competenciales, por lo que no fue analizado desde el punto de vista del alcance territorial de sus efectos. No obstante, la doctrina establecida resulta de interés para nuestro objeto de estudio, toda vez que las destinatarias de esta norma eran las industrias establecidas fuera del territorio de Galicia.

27 Para el Tribunal Constitucional no se debe «considerar constitucionalmente inaceptable toda intervención económica de las comunidades autónomas mediante subvenciones u otro género de ayudas que repercutan de algún modo en la circulación de industrias por el territorio nacional» (FJ 5.º). Bajo el presupuesto de la titularidad por parte de la comunidad autónoma de un título competencial habilitante de la medida, su constitucionalidad se hace depender materialmente del examen de su proporcionalidad en relación con las exigencias de la libre circulación e igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica que la unidad de mercado reclama, así como de su compatibilidad con el principio de solidaridad. Este principio obliga a las comunidades autónomas, al ejercitar sus competencias, a ponderar no sólo su propio interés, sino también las consecuencias de dicho ejercicio, de manera que no genere efectos perjudiciales para los restantes entes territoriales afectados por las medidas (FF.JJ. 7.º a 9.º).

28 El propio art. 157.2 CE, citado anteriormente como manifestación expresa en la Constitución del principio de territorialidad, ha sido interpretado por parte del Tribunal Constitucional en un modo abierto a la producción de efectos extraterritoriales. Así ocurre en la STC 150/1990, en la que el Tribunal Constitucional sostiene que:

El art. 157.2 de la Constitución prohíbe a las comunidades autónomas adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio, pero no sobre la renta de las personas con domicilio fiscal en su territorio, aunque esta renta no provenga, en parte, de bienes localizados fuera de la comunidad autónoma. Es cierto que [...] los efectos del recargo en el impuesto sobre la renta pueden alcanzar indirectamente a los bienes situados fuera del territorio de la Comunidad de Madrid, en cuanto a las rentas producidas o imputadas a los mismos; pero de ello no cabe derivar, como pretenden los recurrentes, una vulneración del art. 157.2 de la Constitución. En primer lugar, porque lo que dicho precepto prohíbe a las comunidades autónomas es «adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio»; a la evidencia de que la renta personal gravada por el recargo autonómico no es un bien situado en territorio alguno, hay que añadir la de que las rentas no son bienes, sino que son los bienes los que producen la renta. Debe considerarse, en segundo lugar, que una cosa es adoptar medidas tributarias sobre bienes y otra distinta establecer un recargo tributario cuyos efectos puedan alcanzar mediata o indirectamente, en el «plano de lo fáctico», a los bienes como fuente de la riqueza o renta que constituye el hecho imponible (STC 37/1987, fundamento jurídico 14.º). Este último supuesto no es contrario al art. 157.2 de la Constitución, pues el límite territorial de las normas y actos de las comunidades autónomas no puede significar, en modo alguno, que les esté vedado a sus órganos, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional (STC 37/1981, fundamento jurídico 1.º) (FJ 5.º).

29 No pueden ser estudiados, sin embargo, como supuestos de extraterritorialidad aquellos casos en los que los efectos que alcanzan al territorio de otra comunidad autónoma distinta de la actuante son meramente materiales o de hecho, esto es, no jurídicos. En este sentido se pronuncia la STC 195/2001 (FJ 3.º), que resuelve el conflicto de competencias planteado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias para que se declarara la nulidad del «Acuerdo (o acuerdos) de la Junta de Galicia sobre un proyecto de obras de mejora del puerto de Ribadeo (Lugo)». Se basaba para ello la Comunidad asturiana en la repercusión negativa que la realización del proyecto constructivo en cuestión tenía en la margen asturiana de la ría del Eo, con

lesión –se indicaba– de diversos títulos competenciales que se verían supuestamente afectados. Utiliza el Tribunal Constitucional entonces un argumento por razones estrictamente procesales, para fundamentar la inadmisión del conflicto de competencias planteado, que, no obstante, resulta útil en la precisión del propio concepto de extraterritorialidad, en tanto que éste únicamente tiene sentido desde el punto de vista constitucional cuando aparece conectado a problemas competenciales. Para el Tribunal,

las repercusiones físicas que en la margen asturiana de la ría haya podido ocasionar la obra portuaria no impiden en modo alguno que el Principado ejerza las competencias que, como títulos habilitantes de intervención, le atribuye su Estatuto de autonomía. La controversia se encuadra así en una lesión de hecho como consecuencia de la realización de una obra pública en el territorio de Galicia que pudiera haber producido daños en determinados bienes del territorio limítrofe de Asturias. Por consiguiente, no hay controversia competencial alguna sino, en todo caso, un problema que habrá de ventilarse ante los tribunales ordinarios, a tenor de lo previsto en el artículo 153 c) de nuestra Constitución (STC 195/2001, FJ 3.º).

### 30 Recuerda el Tribunal Constitucional que

en el reparto competencial configurado por la Constitución y los respectivos Estatutos de las comunidades autónomas, el ejercicio de una competencia atribuida a una de ellas debe tener como soporte y presupuesto el territorio en el cual esa comunidad ejerce sus potestades, de suerte que éste opera como límite para aquél, ya que si no se respetara tal ámbito espacial podría invadirse indebidamente el de otra comunidad, con olvido de lo que hemos dado en llamar la «territorialidad» de las competencias autonómicas.

Pero también deben tenerse en cuenta, en segundo plano, los efectos jurídicos que pueden derivarse del ejercicio de una competencia autonómica, pues no sólo pueden producirse en el territorio de la comunidad que ejerce la competencia sino también en el de otra, por ejemplo, si al dictar una disposición o un acto determinado una comunidad extiende la regulación o el mandato más allá de su territorio, incidiendo así en la actividad de personas que residen fuera de la comunidad que las dicta. Es posible por tanto una invasión competencial en atención a los efectos de un acto o de una disposición autonómica si llega a producirse una contradicción de derechos o deberes jurídicos por la incidencia en una actividad determinada tanto del acto o disposición propia como de un acto o disposición ajenos.

Ahora bien –concluye el Tribunal Constitucional–, para que este segundo supuesto tenga lugar es necesario, por una parte, que la disposición o el acto de una comunidad autónoma con incidencia en el ámbito de otra produzca efectos normativos o de otro tipo pero siempre jurídicos, no simples efectos de hecho y, por la otra, que se trate de efectos jurídicos con un contenido actual, nunca potenciales o hipotéticos. Este doble requisito falta en el presente caso para la sedicente invasión competencial si se reconduce a los efectos en Asturias de los actos adoptados por la Junta de Galicia, que no pueden calificarse como jurídicos, ni tampoco ha quedado probado que se hayan producido en la realidad.

## II. El criterio de extraterritorialidad en el Estatuto de Autonomía para Andalucía

### 31 El Estatuto de Autonomía para Andalucía admite, tanto específicamente respecto de las leyes y normas (art. 7), como en relación, en general, con el ejercicio de las competencias autonómicas (art. 43), la existencia de supuestos de extraterritorialidad que deberán tener carácter excepcional. En este aspecto, el Estatuto actualmente vigente



se distingue del reformado, en el que únicamente se preveía el principio general de territorialidad. Quedaban sin regulación sus excepciones, esto es, los supuestos de alcance extraterritorial del ejercicio de las competencias autonómicas. La incorporación de este punto en la actual redacción responde a un intento de recoger normativamente una realidad que, como se ha visto, ya se había abierto camino en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: en ocasiones es necesario reconocer un cierto alcance extraterritorial al ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas.

No fue, sin embargo, desde el inicio aceptada por todos los grupos parlamentarios la previsión expresa en el Estatuto de la posible eficacia extraterritorial del ejercicio de las competencias autonómicas. Concretamente, la enmienda núm. 573, presentada al art. 7 de la proposición por el Grupo Parlamentario Popular de Andalucía instaba su supresión, y se justificaba en la necesidad de evitar la eficacia extraterritorial de las normas autonómicas<sup>3</sup>. 32

El art. 7 reserva la eficacia extraterritorial de las leyes y normas para «cuando así se deduzca de su naturaleza y en el marco del ordenamiento constitucional». El acierto de la cláusula empleada como criterio para determinar la eficacia extraterritorial de las leyes y normas fue cuestionado en el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, donde se afirmaba que 33

pese a ser intachable el precepto desde una perspectiva constitucional, resulta perturbador para su comprensión la utilización del término «naturaleza», porque realmente la eficacia dentro o fuera del territorio de las normas emanadas de las instituciones de autogobierno nada tiene que ver con la naturaleza de éstas sino con su contenido. Siendo así, resultaría técnicamente más correcto sustituir el sustantivo «naturaleza» por «contenido», precisando después «en el marco del ordenamiento constitucional»<sup>4</sup>.

De hecho, por impulso de una enmienda presentada por el Grupo Socialista, el criterio de la naturaleza fue sustituido en la proposición de reforma por el del contenido<sup>5</sup>. Posteriormente, en las Cortes Generales se recuperaría la referencia originaria a la naturaleza de las leyes y de las normas en el Informe de la Ponencia Mixta, merced a una enmienda transaccional del Grupo Socialista. 34

No obstante, una cosa parece clara: dado que el principio general debe ser, como hemos visto, el de territorialidad, la naturaleza de la ley y de la norma en cuestión no puede ser equiparada a su contenido, lo que sería tanto como hacer depender su eficacia extraterritorial del propio legislador autonómico<sup>6</sup>. El estudio de la naturaleza de la norma, entendida ésta, no ya como cuerpo normativo, sino como precepto concreto, 35

---

<sup>3</sup> BOPA núm. 409, de 31 de marzo de 2006, pág. 23177.

<sup>4</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía sobre «La Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía», de 11 de marzo de 2006, pág. 35. Este dictamen puede consultarse en RUIZ ROBLEDÓ, A., 2007, pág. 1156.

<sup>5</sup> Se trata de la enmienda núm. 299, de modificación, que se incorporó al Informe de la Ponencia y, posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario hasta formar parte del texto final de la proposición. Se muestra a favor del criterio del Consejo Consultivo, AMATE ÁVILA, M. L., 2008, pág. 68.

<sup>6</sup> Véase la crítica realizada desde este punto de vista al art. 115.1 EAC por MUÑOZ MACHADO, S., 2007, pág. 239, nota 17.

exige, en realidad, un análisis de la materia regulada en relación con la delimitación del título competencial en que esta norma se fundamenta para, sobre la base del criterio genérico de «razonabilidad», decidir si su cumplimiento implica el reconocimiento de sus posibles efectos extraterritoriales. Para ello deberá procederse al debido encuadramiento del título competencial en el conjunto de disposiciones que integran el bloque de la constitucionalidad. A esto se refiere precisamente el art. 7 EAAAnd cuando añade al criterio de la naturaleza de la norma el inciso «y en el marco del ordenamiento constitucional».

- 36 Otro problema surge cuando intentamos armonizar el sentido del art. 7 EAAAnd con el del art. 43 EAAAnd. Y es que, aun teniendo éste un carácter más general que el anterior, por referirse en términos amplios al «ejercicio de las competencias autonómicas», utiliza un criterio mucho más restrictivo que el art. 7 para definir los supuestos en que la extraterritorialidad de los efectos jurídicos de las disposiciones y actos de la Junta de Andalucía queda autorizada. En efecto, si el art. 7 EAAAnd utiliza el criterio de «la naturaleza» de la ley o de la norma, el art. 43 EAAAnd exige, sin embargo, para que las disposiciones y actos de la Junta de Andalucía puedan producir eficacia jurídica extraterritorial, que se trate de uno de los supuestos expresamente autorizados por el Estatuto de Autonomía u «otras disposiciones legales del Estado».
- 37 No es fácil discernir cuál es la relación que en este punto relativo a la autorización de la extraterritorialidad se establece entre las fórmulas utilizadas por los arts. 7 y 43 EAAAnd, de manera que prácticamente cualquier intento de alcanzar cierta coherencia entre ellos, a la luz de la jurisprudencia constitucional, pasa por eludir los estrictos límites de la fórmula elegida por el art. 43. En efecto, no queda claro, tras una lectura conjunta de ambos preceptos, qué sucede en los supuestos de actos que son de mera aplicación de una norma cuya naturaleza exige el reconocimiento de una cierta eficacia extraterritorial, a pesar de la ausencia de disposición expresa al respecto en el Estatuto o en otra ley del Estado. Los actos y las disposiciones de la Junta de Andalucía citados en el art. 43 EAAAnd serán normalmente aplicación de las leyes y normas mencionadas en el art. 7 EAAAnd. Dicho de otra forma: las leyes y normas citadas por el art. 7 producen efectos a través de las disposiciones y actos del art. 43 EAAAnd. Así pues, si de la naturaleza de la ley o norma en la que se basa la disposición o acto analizado, interpretada en el marco del ordenamiento constitucional (expresión no equivalente al «expresamente autorizado por...» que utiliza el art. 43 EAAAnd) se deduce su eficacia extraterritorial, no puede después negarse ésta por la falta de habilitación expresa en el Estatuto o en otras disposiciones legales del Estado.
- 38 En conclusión, los criterios habilitantes de la extraterritorialidad en el ejercicio de las competencias autonómicas citados en los arts. 7 y 43 EAAAnd tienen carácter cumulativo. De este modo, cabe la extraterritorialidad cuando se cumpla uno sólo de los requisitos establecidos por cualquiera de los dos preceptos: cuando a ello se hace referencia expresa en el Estatuto o en una disposición legal del Estado, pero también cuando se deduce de la naturaleza de la norma aplicada, en el marco del ordenamiento constitucional. El legislador autonómico no podrá unilateralmente, fuera de estos casos, introducir un factor de extraterritorialidad al delimitar el ámbito de aplicación de sus normas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Véase este argumento en ARCE JANÁRIZ, A., 1988, págs. 110-111.

Alguna duda surge todavía, sin embargo, del contraste de las cláusulas habilitadoras de la extraterritorialidad en los arts. 7 y 43 EAAAnd con la jurisprudencia constitucional. Ésta aparece sólo parcialmente recogida en los preceptos estatutarios, al no reflejar los casos en que la competencia autonómica ejercida es de carácter ejecutivo y la ley estatal no autoriza expresamente la extraterritorialidad de sus efectos. La habilitación se debe hacer derivar entonces de la propia naturaleza, no de la norma autonómica, sino de la competencia ejercida, analizada en el marco del bloque de la constitucionalidad. En definitiva, las cláusulas habilitadoras de la extraterritorialidad de la eficacia jurídica de las normas y actos de la Comunidad Autónoma de Andalucía no han sido capaces de recoger normativamente la complejidad de los supuestos planteables. No es de esperar, ni de desear, que esta limitación sirva de freno a la aplicación por el Tribunal Constitucional de su propia doctrina, antes expuesta. **39**

Por lo demás, no podemos en esta sede realizar un análisis específico de la medida en que la redacción de cada título competencial autoriza cierto alcance extraterritorial en su ejercicio. Este estudio queda remitido al comentario de los respectivos preceptos en esta misma obra. Únicamente haremos referencia al especial relieve que tienen, como manifestación expresa de extraterritorialidad en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, las normas que en su art. 6 se contienen sobre «Andaluces y andaluzas en el exterior». **40**

## Artículo 8. Derecho propio de Andalucía

*El derecho propio de Andalucía está constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias sobre las que la Comunidad Autónoma ostenta competencias.*

---

### DOCUMENTACIÓN

#### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

##### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20902])**

##### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21057]).

*Artículo 8. Aplicación preferente de las normas autonómicas*

*El derecho propio de Andalucía, de aplicación preferente en el territorio andaluz, está constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias sobre las que la Comunidad Autónoma ostenta competencias.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23664]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23900]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24256]).

*Artículo 8. Derecho propio de Andalucía*

*El derecho propio de Andalucía, de aplicación preferente en el territorio andaluz, está constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias sobre las que la Comunidad Autónoma ostenta competencias.*

##### II. CORTES GENERALES

##### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 4]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 200]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 252]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 304]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 91]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

### **Artículo 10**

*El derecho propio de Andalucía, constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias de competencia exclusiva de su Comunidad Autónoma, así como de las que con tal carácter le hayan sido transferidas en virtud del artículo 150.2 de la Constitución, es el aplicable con preferencia a cualquier otro en el territorio andaluz. En todo caso, el derecho estatal tiene carácter supletorio del derecho propio de Andalucía.*

*Cuando la competencia de la Comunidad Autónoma consista en el desarrollo o reglamentación de la legislación del Estado, las normas dictadas por aquélla serán de aplicación preferente a cualquier otra de igual naturaleza y rango.*

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

País Vasco (art. 21); Cataluña (art. 110.2); Galicia (art. 38); Comunidad Valenciana (art. 45); Aragón (art. 80.2); Canarias (art. 43); Comunidad Foral de Navarra (art. 40.3); Baleares (art. 87); Madrid (art. 33).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

[s/c].

**E. JURISPRUDENCIA**

STC 5/1981, FJ 27.º  
 STC 76/1983, FJ 4.º  
 STC 74/1989, FJ 4.º  
 STC 116/1994, FJ 4.º  
 STC 61/1997, FJ 12.º  
 STC 174/1998, FJ 6.º  
 STC 247/2007, FJ 11.º  
 STC 167/2009, FJ 1.º  
 STC 31/2010, FF.JJ. 32.º, 58.º y 59.º

**F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: «Interpretación conforme» (en prensa).

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *Fuentes del derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional, Vol. I*, Tecnos, Madrid, 1991.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: «El abandono de lo básico: Estado autonómico y mitos fundacionales», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 12-1 (2001), págs. 87-112.

CRISAFULLI, Vezio: «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1 (2004), págs. 323-353.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: «¿Reserva de Constitución? (Comentario al fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)», en CRUZ VILLALÓN, P.: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

DÍEZ PICAZO, Luis María: «Ley autonómica y ley estatal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (1989), págs. 63-86.

GARCÍA ROCA, Javier: «Encuesta: Estado Autonómico», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24 (2009), págs. 11-109.

GARCÍA TORRES, Jesús: «La cláusula de prevalencia y el poder judicial», en Vv.AA.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. I*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 569-577.

LÓPEZ BOFILL, Héctor: *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

REBOLLO PUIG, Manuel: «El derecho propio de Andalucía y sus fuentes», en Vv.AA.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Cívitas, Madrid, 2008, págs. 119-260.

REQUENA LÓPEZ, Tomás: *El principio de jerarquía normativa*, Cívitas, Madrid, 2004.

RUBIO LLORENTE, Francisco: «Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley», en RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder*, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 283-296.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de Derecho Administrativo, Vol. I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL SUPUESTO DE HECHO: «LEYES Y NORMAS REGULADORAS DE LAS MATERIAS SOBRE LAS QUE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA OSTENTA COMPETENCIAS». C. LA CONSECUENCIA JURÍDICA: «DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA».

### A. INTRODUCCIÓN

El art. 8 concurre con el resto de preceptos del Título Preliminar en el asentamiento de los pilares que estructuran la Comunidad Autónoma. La disposición que se comenta en estas páginas configura los rasgos esenciales del ordenamiento andaluz y ofrece los elementos necesarios para distinguirlo de otros conjuntos normativos, especialmente del estatal. Así, además de una definición política (su fuente de legitimidad –art. 1–, la condición de andaluz –art. 5– y los derechos –art. 9–), institucional (territorio –art. 2–, símbolos –art. 3–, capitalidad y sedes –art. 4–) y funcional (objetivos –arts. 10 y 11–), el Estatuto formula una comprensión de la Comunidad Autónoma como entidad jurídica soportada sobre un ordenamiento autónomo. <sup>1</sup>

Andalucía ocupa un lugar específico dentro del Estado español en virtud del derecho que produce, de cómo lo crea y de los ámbitos donde proyecta su eficacia. Estas características emergen a lo largo del Estatuto, pero el art. 8 pretende darles un sentido general. Para ello expresa una regla, en la que el supuesto de hecho sería la potestad normativa de la Comunidad («las leyes y normas»), a cuyo producto le correspondería la consecuencia jurídica que supone la consideración de «derecho propio de Andalucía». Este comentario, en el apartado B, intentará esclarecer el supuesto de hecho, y, a continuación, en el C, abordará la consecuencia jurídica. <sup>2</sup>

### B. EL SUPUESTO DE HECHO: «LEYES Y NORMAS REGULADORAS DE LAS MATERIAS SOBRE LAS QUE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA OSTENTA COMPETENCIAS»

Las «leyes y normas» componen el derecho propio de Andalucía. Esta breve referencia subraya la diversidad formal de la potestad normativa de la Comunidad, que se manifestará en todo caso a través de leyes, pero también mediante otras fuentes. Tal heterogeneidad encuentra su razón de ser, en primer lugar, dentro del sistema de gobierno ordenado por el Estatuto. El equilibrio entre las instituciones básicas refleja el modo de conformar, a partir del momento electoral, la mayoría y la oposición; y, <sup>3</sup>

correlativamente, la pluralidad de fuentes muestra cómo se ha de materializar el programa de gobierno y qué lugar se da a las posiciones alternativas para influir sobre la dirección política u ofrecer al electorado opciones diferentes. La mezcla específica de estos ingredientes en el texto estatutario resulta no sólo en la contraposición clásica entre ley y reglamento, sino también, introduciendo aquí una variación importante respecto al Estatuto de 1981, en una diversidad de fuentes capaces de crear normas legislativas, cuyo lugar específico lo da el órgano del que emanan, el Parlamento para la ley, y el Consejo de Gobierno en el caso del decreto-ley y el decreto-legislativo. La segunda razón que explica la variedad de fuentes del ordenamiento andaluz reside en su organización territorial, que integra, aunque sea con un carácter bifronte donde el derecho del estado reclama un lugar propio, a los «municipios, provincias y demás entidades territoriales que puedan crearse por ley» (art. 89). En la medida que estos entes territoriales, en especial el municipio, ejercen con autonomía competencias propias, el ordenamiento andaluz también está compuesto por normas locales.

- 4 La dualidad de la potestad normativa expresada en el art. 8 EAAAnd sirve asimismo para destacar la centralidad de la ley del Parlamento dentro del derecho propio de Andalucía, que se organiza a través de la clásica técnica de la reserva de ley, copiosamente recogida en el Estatuto. La exigencia de normas legislativas tiene un significado externo que califica el carácter de la autonomía de la Comunidad. Las disposiciones autonómicas con rango de ley no reciben controles políticos de las instituciones estatales (algo que comparten con el resto de normas autonómicas) y, sobre todo, su evaluación jurisdiccional está reservada al Tribunal Constitucional. Gozan, además, del mismo régimen jurídico que las leyes procedentes del Estado, lo que sitúa a la potestad legislativa de ambos entes en paridad institucional, de suerte que las relaciones entre legislaciones se ordenan mediante principios constitucionales y no por la simple voluntad del Estado. Además, la prioridad de la ley para crear el derecho propio de Andalucía posee también un significado interno. En nuestro Estatuto encontramos una doble reserva, de ley ordinaria y de ley del Parlamento. La primera traza la línea que separa la potestad reglamentaria de la potestad legislativa, mientras que la segunda señala aquellos campos en los que sólo hay lugar para las normas legislativas emanadas de la Cámara. El Estatuto, al invocar expresamente la intervención de una ley del Parlamento, logra un determinado equilibrio entre mayoría y oposición, asegurando que ciertas materias transiten íntegramente el procedimiento legislativo (me remito al comentario del art. 108 EAAAnd). Por tanto, en clave interna, la reserva de ley del Parlamento refleja asimismo la centralidad política de la Cámara.
- 5 Las «leyes y normas» que integran el derecho propio de Andalucía son sólo aquellas dictadas «en las materias sobre las que la Comunidad ostenta competencias». La ligazón de la potestad normativa autonómica con un determinado ámbito competencial impide tratar como derecho propio a todo un conjunto de normas, las estatales y las europeas, que, obviamente, no dejan de ser plenamente vinculantes para los particulares, la Administración andaluza y el Poder Judicial. En el contexto de un sistema jurídico presidido por la pluralidad de ordenamientos, todas las normas aplicables en el territorio andaluz –europeas, estatales, autonómicas y locales–, encuentran el fundamento de su normatividad en la Constitución, pero las reglas sobre su producción, aplicación e interpretación se hallan en los distintos ordenamientos en los que se integran según la regla de imputación que marca la Constitución.



En el caso del derecho propio de Andalucía, el principio de competencia es la regla <sup>6</sup> de imputación fijada por la Constitución y prolongada en el art. 8 EAAnd. Conviene recordar brevemente el origen intelectual del citado principio. Corre en paralelo a la construcción del Estado de postguerra, que introduce de manera decidida la pluralidad de órganos productores de derecho, dotados cada uno de ellos de una legitimidad o funcionalidad singular (no intercambiable) de la que se deriva la reserva de ámbitos específicos para su regulación (por todos, véanse CRISAFULLI, V., 2004, pág. 327 y ss; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 1988, pág. 315 y ss; BALAGUER CALLEJÓN, F., 1991, pág. 142 y ss). Se ha señalado con insistencia que en este contexto no basta el expediente de la jerarquía, elaborado bajo la lógica de la soberanía parlamentaria y que presume una posición de superioridad política de un órgano (la Cámara) sobre otro (el Gobierno), circunstancia que impone a las normas procedentes del segundo (el reglamento) un deber de respeto de los contenidos fijados por el primero, cuya fuente (la ley), en definitiva, marca el espacio propio de las normas subordinadas. La operatividad de este criterio es ciertamente escasa cuando irrumpen poderes normativos en los que es difícil identificar entre ellos una mayor importancia política, más aún si la Constitución les atribuye en exclusiva determinados espacios normativos dotándolos, como ya se ha dicho, de una legitimidad o funcionalidad no intercambiable (por ello, en última instancia, el principio de competencia se explica desde la supremacía constitucional [REQUENA LÓPEZ, T., 2004, pág. 303 y ss]). El ejemplo clásico, además ideal para el artículo que ahora se comenta, remite a los sistemas normativos territorialmente compuestos, donde distintos legislativos, el del centro y los de la periferia, poseen espacios de regulación delimitados y, normalmente, intransferibles. No hay aquí un deber de respeto de una ley para con la otra, sino un sometimiento de ambas leyes a una norma superior, la Constitución, que delimita los campos de actuación. De acuerdo con el principio de competencia, si un legislador traspasa los límites constitucionales e invade la competencia del otro legislador, independientemente del contenido de la ley, ésta será ilícita por haber vulnerado la Constitución.

El principio de competencia es, en definitiva, una norma sobre la producción del derecho, pues al fijar el campo de actuación del poder central y los poderes periféricos, <sup>7</sup> nos está diciendo cómo han de crearse las disposiciones (qué límites han de respetarse) para ser válidas. Sin embargo, a menudo es acompañado de otra serie de criterios, reglas sobre la aplicación del derecho, que concretan los órganos llamados a resolver el conflicto entre el derecho central y el periférico, y el modo en que ha de solventarse. Encontramos sistemas donde la potestad normativa central posee la capacidad de desplazar por sí misma el derecho periférico. A veces, la determinación de la norma aplicable corresponde a los órganos jurisdiccionales, cabiendo aquí la variable de otorgar tal responsabilidad a todos los jueces, o sólo a algunos tribunales. Además, cada modelo varía las consecuencias de la vulneración del principio de competencia; en algunas ocasiones, basta con la inaplicación de la norma *ultra vires*, y en otros se opta por su definitiva expulsión.

Nuestra Constitución –especialmente los arts. 148 y 149– abraza el principio de <sup>8</sup> competencia, y con él separa el derecho estatal y el autonómico, idea que a su vez recoge el art. 8 EAAnd. Los poderes normativos de uno u otro ente incurrirán en vulneración de la Constitución al ocupar el espacio ajeno. No obstante, el art. 149.3 parece ofrecer a través del principio de prevalencia un complemento en lo atinente a la

selección de la norma aplicable cuando colisionan el derecho estatal y el autonómico. La preferencia aplicativa del derecho estatal se activaría «en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia [de las Comunidades Autónomas]» y, fruto de una lectura en contrario, la predilección del derecho autonómico emergería cuando actúa en el marco de sus competencias exclusivas. Sin embargo, esta regla ha resultado inoperativa, a mi juicio, por dos razones concatenadas (si bien no faltan autores que defienden un nicho de utilidad en la relación bases-desarrollo: GARCÍA TORRES, J., 1991, pág. 570 y ss; RUBIO LLORENTE, F., 1997, pág. 33 y ss; REBOLLO PUIG, M., 2008, pág. 137 y ss). Primero, porque el recurso a la prevalencia exige siempre, como queda claro en el propio art. 149.3, un juicio anterior sobre la titularidad de la competencia; sólo cuando se ha determinado quién ostenta la competencia exclusiva, rige la prevalencia. En segundo lugar, la Constitución ha reservado el conocimiento de los conflictos competenciales al Tribunal Constitucional, en el caso de la ley excluyendo del control a la jurisdicción ordinaria (art. 163), y respecto a las disposiciones infralegales ordenando en el art. 61.dos de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional la suspensión del proceso pendiente en la jurisdicción ordinaria. Así las cosas, al margen de ciertas modulaciones, la sentencia que resuelve el control resulta en la nulidad de las disposiciones legislativas o infralegales que se dictaron vulnerando la distribución de competencias. Por tanto, en nuestro sistema constitucional no hay lugar a la validez concurrente de una norma estatal y otra autonómica que aspiran a regular con consecuencias distintas un mismo supuesto de hecho, presupuesto teórico necesario que da sentido a cualquier regla de selección de normas, incluida la de la prevalencia.

9 Ciertamente, el estado de cosas no siempre ha sido así. Durante un largo periodo de tiempo (básicamente hasta la STC 61/1997, FJ 12.º) se consideró que el Estado gozaba de una potestad normativa ilimitada, que le permitía ir más allá de sus competencias, con la única matización de que ese derecho, fuera de su espacio, tendría tan sólo eficacia supletoria (STC 5/1981, FJ 27.º). Esta doctrina se construyó en un momento histórico particular, en el que la descentralización política corría a velocidades dispares, de suerte que el Estado no tenía el mismo quantum competencial en todo el territorio. La solución de dictar dos leyes sobre la misma materia, una para el territorio donde conservaba la competencia exclusiva y otra allí donde era compartida, hubiera resultado extraña; de ahí que la asimetría competencial se resolviera con un único texto legislativo de eficacia variable. Este remedio, sobre todo cuando a partir de los años noventa se alcanza un estadio de homogeneidad competencial entre las diecisiete comunidades autónomas, devino perturbador antes que lenitivo, conformando de facto un principio de competencia unidireccional (DÍEZ PICAZO, L. M., 1989, pág. 73) en virtud del cual las normas autonómicas para ser aplicables habían de ser en todo caso válidas, mientras que la actuación estatal fuera de su competencia no resultaba en invalidez, sino en una modulación de su eficacia (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., 2000, pág. 87 y ss).

10 A día de hoy no podemos concluir que el principio de competencia opera de manera totalmente simétrica, reconduciendo siempre el conflicto entre normas a un problema de validez. El privilegio procesal de la suspensión de las normas autonómicas a petición del Gobierno cuando insta su control ante el Tribunal Constitucional (para las normas con rango de ley, art. 30 LOTC; para las disposiciones y actos infralegales art. 62 LOTC), en términos prácticos resulta en una suerte de prioridad a corto plazo, donde el Gobierno de España, al menos durante cinco meses, asegura la aplicación preferente del

derecho estatal. En última instancia se resuelve expulsando a una de las normas, pero, mientras tanto, el Gobierno ostenta la facultad de imponer el derecho estatal solicitando la suspensión provisional del autonómico. No obstante, esta asimetría se corrige en el caso de la ley, si el control se activa a través de la cuestión de inconstitucionalidad. Aquí, el juez ordinario selecciona indistintamente como objeto de su duda una de las normas, la estatal o la autonómica, y la resolución del proceso se suspende al margen de la procedencia de la disposición sospechosa. Más aún, de acuerdo con la STC 167/2009, FJ 1.º, es factible que el juez cuestione simultáneamente la validez de ambas normas, supuesto que ofrece una simetría perfecta en la operatividad del principio de competencia.

Otra particularidad capital de la regulación del principio de competencia al que apela el art. 8 EAAnd, radica en la llamada expresa al Estatuto de Autonomía para que complete los términos de la distribución competencial. A diferencia de otros tipos federales, las comunidades autónomas están ausentes en la reforma de la Constitución, por lo que no pueden propiciar la reconfiguración de la organización territorial desde la cúspide del sistema normativo. Sin embargo, a modo de contrapeso, los Estatutos necesariamente deben cerrar esa organización territorial repercutiendo sobre la configuración sustantiva del Estado autonómico. La contribución imprescindible del Estatuto en la concreción del modelo territorial implica analíticamente que la norma institucional básica también se integre dentro del derecho propio de Andalucía: la fuente llamada a definir el ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma y el modo en que interviene en ese espacio, en pura lógica, ha de formar parte del ordenamiento andaluz. Y, además, lo hace de manera cualificada, al ser la norma constitutiva, la norma creadora de ese ordenamiento; sin Estatuto no habría derecho propio de Andalucía. Esto no significa, obviamente, que el poder estatuyente sea poder constituyente. Carece, a diferencia del segundo, de los atributos de originalidad e ilimitación; el poder estatuyente es derivado de la Constitución y, por tanto, está inevitablemente limitado por ésta. La existencia de un ordenamiento andaluz exige la generación de un Estatuto, pero también que éste sea respetuoso con la Constitución. Aquí radica su particularidad, pues el Estatuto, a la vez que norma habilitada, es norma habilitante de un ordenamiento completo; es derecho propio del Estado y derecho propio de la Comunidad. A la sazón, ese punto intermedio fruto de la función que le atribuye la Constitución explica todos sus rasgos: el modo de producción, que requiere la intervención de dos poderes legislativos; su posición en el ordenamiento, intangible a la acción de cada uno de esos legislativos; su caracterización como un poder único, de suerte que todos los conflictos dentro del ordenamiento andaluz se reconducen a las reglas estatutarias; y, en fin, su naturaleza inagotable, por lo que es factible su continua renovación a través del poder de reforma.

La función que la Constitución encarga al Estatuto, que no sólo ha de completar la distribución competencial, sino también crear un ordenamiento autónomo, obliga a interrogarnos sobre el sentido auténtico del principio de competencia. Fracasaremos en la descripción de la realidad si para trazar la frontera del derecho propio de Andalucía, nos referimos tan sólo a la distribución de títulos competenciales. Los singulares efectos del Estatuto, que, repito, instaura un ordenamiento jurídico, obligan a situar la demarcación del derecho propio más allá. Esto es evidente en la propia Constitución, cuyos arts. 147 y 152 invitan decididamente a pensar que el derecho propio habrá de

incluir contenidos institucionales. En este sentido, el debate sobre la extensión del Estatuto se ha hecho presente con toda su crudeza en las recientes reformas estatutarias, especialmente en la STC 247/2007 (cuyas posiciones se mantienen en la 31/2010), donde el contraste entre la posición de la mayoría y los votos particulares, sobre todo el del magistrado Delgado Barrio, sintetiza los términos de la discusión (respecto a las consecuencias de este problema sobre la normatividad del Estatuto me remito al comentario del art. 115 EAAnd). Existe, en todo caso, una base compartida, que toma el art. 147 CE como el contenido mínimo y necesario de todo Estatuto. Igualmente, se acepta por todos que el Estatuto no puede incluir cualquier elemento, en el entendido de que su especial rigidez (indisponible al legislador estatal y autonómico) sólo es predicable para las materias que efectivamente se adecuen a las prescripciones propias de una norma institucional básica. En definitiva, una y otra posición defienden un concepto material de Estatuto, que debe poseer unos elementos necesarios, pero también está limitado en su vis expansiva, sin poder ocupar espacios reservados a otras fuentes, en concreto las leyes orgánicas. La disparidad surge en el criterio utilizado para configurar el contenido posible. El magistrado Delgado Barrio, en su voto particular, presenta con claridad los términos de una posición que centra el análisis en la fuente que incorpora el Estatuto al ordenamiento. Esto le permite utilizar la jurisprudencia que interpreta de manera restrictiva las reservas de ley orgánica. Así, el Estatuto ha de traer elementos no previstos en el art. 147 CE, pero esa expansión debe evaluarse dentro de márgenes estrechos, pues sólo cabe un «contenido conexo o adicional» y en «relación directa con la materia reservada» y su «inclusión ha de ser precisa (FJ 1.º del voto particular). Pese al punto de partida común, la decisión de la mayoría alcanza una solución más amplia, basada en un análisis que no pone el acento en la fuente o forma con la que se dicta el Estatuto, sino en la función constitucional que corresponde a la norma institucional básica. En este sentido, la mayoría del Tribunal entiende que a la norma fundacional del ordenamiento autonómico le corresponde, dotando de poder político a la Comunidad, hacer realidad el derecho de autonomía en un determinado territorio. Desde este punto de vista, el contenido del Estatuto no se puede construir sobre una «mera interpretación literal del art. 147» (FJ 11.º). Así, la función constitucional del Estatuto lleva a la mayoría del Tribunal a afirmar que:

De todo ello se desprende, en fin, que los Estatutos de autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro.

- 13 A la luz de esta jurisprudencia, el principio de competencia, utilizado en el art. 8 EAAnd para marcar el espacio del derecho propio de Andalucía, no se agota en la concreta tarea estatutaria de asunción de títulos competenciales. Esta misión, sin dejar de ser muy importante, es tan sólo una de las que se desprenden de la función que la Constitución atribuye al Estatuto, a saber, materializar el derecho de autonomía de un territorio, organizar su poder político; en definitiva, dicho a la luz de la teoría normativa, crear un ordenamiento dentro del sistema jurídico constitucional. Por tanto, el derecho propio de Andalucía incluye las normas estatutarias y las «leyes y normas» producidas bajo su conformidad, conjunto que ordena el poder público autonómico y su

relación con los particulares y con los otros poderes públicos que se proyectan en el territorio de Andalucía.

### C. LA CONSECUENCIA JURÍDICA: «DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA»

Toca ahora acercarse a la consecuencia que conlleva considerar al Estatuto y a las normas que lo desarrollan derecho propio de Andalucía. La respuesta debe venir, una vez más, de la función que la Constitución atribuye a la norma institucional básica, a saber, la creación de un ordenamiento autónomo. Conviene volver brevemente sobre el concepto de ordenamiento. La definición más sencilla, suficiente para el propósito de este comentario, subraya que se trata de un conjunto de disposiciones jurídicas, procedentes de una diversidad de órganos, con distinto origen temporal, cuya dinámica jurídica, sin embargo, en virtud de una norma última, es reconducida a una unidad de sistema, asegurando que los fenómenos regulados por ese ordenamiento reciben una sola respuesta normativa. Así las cosas, afirmar que el poder estatuyente, por mandato constitucional, genera un ordenamiento autónomo, equivale a declarar que el Estatuto ordena la estructura completa de las disposiciones autonómicas. Ha de contener, por tanto, las normas sobre la producción, las cuales indican los órganos capacitados para crear derecho y en las condiciones y límites con las que pueden producirlo; asimismo, debe estipular las normas sobre la aplicación del derecho, que permitirán distinguir las reglas aplicables a cada caso; y, finalmente, también ha de incluir las normas sobre la interpretación, que señalan los caminos necesarios para discernir el sentido de los textos jurídicos. En definitiva, desde el momento en que una norma forma parte del derecho propio de Andalucía, de acuerdo con el art. 8 EAAnd, los términos de su vigencia, validez y eficacia deben estar resueltos por el Estatuto de Autonomía. 14

Sin embargo, el Estatuto genera un ordenamiento autónomo, pero no originario. Los márgenes de la norma institucional básica en la regulación de la dinámica del derecho propio de Andalucía no son discrecionales, y el estatuyente habrá de atenerse a una serie de condiciones constitucionales. Ocurre, además, que la propia Constitución otorga al Estado, en el art. 149.1.8.ª, la competencia sobre legislación civil, que incluye «[e]n todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas [...]», de ahí que el derecho autonómico aparentemente también estaría modulado por lo que el Estado disponga sobre las citadas cuestiones. Con todo, es obvio que la actuación estatal no puede ser omnicompreensiva, a riesgo de devaluar la tarea que la Constitución otorga al Estatuto. En este sentido, queda fuera del título competencial aquello que tenga que ver con la regulación de las fuentes del derecho, cuya ordenación implica una serie de reglas resolutorias de conflictos normativos en términos de validez. Es evidente que corresponde al Estatuto y no a la legislación del Estado disponer los modos de producción de derecho en la Comunidad y, así, por ejemplo, encontramos en la norma institucional básica los criterios para elegir entre una norma legal y otra reglamentaria, o entre lo dispuesto en una ley o un decreto-ley. 15

El título competencial del Estado operaría en los estrictos problemas de aplicación del derecho, esto es, allí donde es preciso simplemente determinar la norma que solventa el conflicto, sin embarcarse en juicios de validez respecto a las concurrentes. Un primer escenario, ligado a la organización territorial, plantea al operador jurídico la necesidad de escoger entre la disposición estatal y la autonómica para la resolución de 16

una controversia. ¿Puede aquí de verdad el legislador central, en virtud del art. 149.1.8.<sup>a</sup>, estipular reglas de aplicación? En mi opinión, existen dos obstáculos. Uno es de naturaleza práctica y ha sido tratado en detalle en el epígrafe anterior, al señalar la escasa virtualidad de las reglas relativas a la aplicación del derecho, pues el propio art. 149.3 CE exige previamente el reconocimiento de la titularidad competencial. En verdad, es la validez de las normas el presupuesto que finalmente resuelve la aplicación del derecho estatal o el autonómico. Por ello, poca utilidad tendría que el legislador estatal incorporase reglas para conflictos de aplicación. Pero, además, desde la STC 76/1983, FJ 4.º, resulta difícil constitucionalmente aceptar esta hipótesis. Recordemos que el frustrado proyecto de ley orgánica de armonización del proceso autonómico contenía en el art. 3 una regla de supletoriedad del derecho del estado mientras que la Comunidad Autónoma no desarrollara las bases, y, asimismo, el art. 4 estipulaba la prevalencia del derecho del estado. El Tribunal Constitucional declaró, entre otras, la inconstitucionalidad de estas dos reglas de aplicación del derecho, en el entendido de que el legislador estatal se sitúa en el lugar del poder constituyente cuando pretende incidir con carácter general en el sistema de distribución competencial, integrar lagunas o fijar criterios interpretativos. Desde este punto de vista y en lo atinente al establecimiento de criterios relativos a las reglas de selección entre el derecho estatal y el autonómico, según el Tribunal Constitucional, existe una reserva de Constitución que limita intensamente las posibilidades del título recogido en el art. 149.1.8.<sup>a</sup>

- 17 Un segundo escenario en la selección de la norma aplicable presenta el problema clásico de las lagunas, concepto que distingue aquellos supuestos de hecho en los que el ordenamiento no ha previsto regulación, pero, sin embargo, se reclama su ordenación. La solución se arbitra con técnicas de heterointegración, cuando se recurre a una disposición prevista en un ordenamiento distinto, o a instrumentos de autointegración, si el ordenamiento prevé soluciones puramente internas, entre la que destaca la analogía. Dentro de este marco, la Constitución dispone un criterio de heterointegración al ordenar que las lagunas en los ordenamientos autonómicos se han de rellenar «en todo caso» a través de la supletoriedad del derecho estatal; de acuerdo con lo dicho anteriormente, resulta difícil aceptar que el legislador estatal pueda precisar o completar el funcionamiento de esta regla.
- 18 Una cuestión adicional consiste en saber si ese legislador está en condiciones de cerrar los márgenes de un instrumento clásico de autointegración como es la analogía, hasta el punto de señalar cuándo opera en el derecho propio andaluz. Creo que esta posibilidad no es aceptable. Es cierto que el art. 4 del Código civil regula con vocación de generalidad esta figura, pero tal intención más que nada refleja la vieja concepción del Código civil como fuente de fuentes. No es esa nuestra situación actual. Las referencias a la aplicación y eficacia de las normas contenidas en el Título preliminar (en realidad, meros criterios interpretativos y reglas que determinan la eficacia de ciertos actos de los particulares) se encuentran bajo la supremacía de la Constitución. Es la Constitución y no la ley, la norma llamada a regular en términos generales la dinámica jurídica. Esto no quiere decir que la Constitución agote la ordenación de estas cuestiones, por lo que a menudo encontrará la colaboración del legislador. Tal conclusión permite comprender el sentido del art. 149.1.8.<sup>a</sup>, de manera que cuando atribuye al Estado la competencia sobre «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», lo hace en el marco de la «legislación civil», es decir,

el derecho estatal puede ordenar la aplicación y la eficacia cuando se trata de normas en el ámbito material del derecho civil. E igualmente podrá hacerlo en todos aquellos campos en los que dispone de competencia sobre legislación o las bases (esto explica, por ejemplo, que el Título preliminar del Código penal regule cuestiones de aplicación). Sin embargo, donde el Estado carece de esas competencias o nada dice al ejercerlas, la Comunidad, en virtud de sus propios títulos competenciales podrá dictar reglas propias respecto a la selección de las disposiciones aplicables. En definitiva, las normas sobre la aplicación del derecho, más allá de lo reservado a la Constitución o prohibido por ella (por ejemplo, la analogía en materia sancionadora), ha de ser definido por quien ostenta la competencia material (lo cual no es obstáculo para que el Título preliminar del Código civil siga operando como derecho supletorio en una doble dirección: respecto a las distintas ramas del derecho estatal sectorial y respecto al derecho autonómico).

El art. 149.1.8.<sup>a</sup> no se refiere a la interpretación del derecho, pero también es cierto que en la práctica el deslinde entre normas sobre la aplicación y normas sobre la interpretación es lábil y, así, por ejemplo, el art. 3 CC, pese a la rúbrica del capítulo, recoge un serie de reglas de interpretación, laxitud que también se observa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 74/1989, FJ 4º). Sea como fuere, la conclusión alcanzada respecto a la normas sobre la aplicación del derecho es extensible al problema de la interpretación. El legislador estatal podrá regular tales cuestiones sólo cuando disponga de competencia sobre las bases o la legislación, de suerte que el derecho autonómico intervendrá en esa materia si ostenta la competencia exclusiva o el legislador estatal nada ha dispuesto. 19

Después del inciso en torno a las competencias estatales, es el momento de afrontar los límites constitucionales a la función estatuyente de creación de un ordenamiento autónomo. Para cumplir con esa tarea, el Estatuto ha de recoger las normas sobre la producción, diseñando así las fuentes de la Comunidad. Ahora bien, como ya se ha señalado, genera un ordenamiento autónomo, pero no originario; de ahí que en la Constitución encontremos una serie de condiciones a esa tarea. 20

La primera tiene que ver con la misma necesidad de que sea el Estatuto –y no reglas autonómicas infralegales– el que defina el conjunto del sistema de fuentes autonómico. El Estatuto es fuente de fuentes, y si quiere cumplir su función constitucional como norma institucional básica debe ofrecer una comprensión plena de los hechos capaces de producir derecho. En este sentido, la práctica autonómica suscita un interrogante peculiar a la luz de la previsión en leyes o reglamentos parlamentarios de decretos legislativos o requisitos de mayorías especiales para la aprobación de leyes. La doctrina, casi con unanimidad, ha puesto en duda la constitucionalidad de esta práctica, bien aludiendo a la invasión de una función estatutaria, bien señalando la incoherencia lógica de que normas con rango de ley regulen fuentes de igual rango. Ambas razones son suficientes para concluir que el régimen jurídico básico de cada una de las fuentes del ordenamiento autonómico debe contenerse en el Estatuto (el órgano productor, las especialidades procedimentales, su relación con las otras fuentes y la jurisdicción encargada de controlar su validez). En este sentido, la existencia de fuentes fuera del Estatuto y plenamente operativas en la práctica ha de entenderse como una anomalía, donde el consenso político en torno a la necesidad de la fuente la dota de la estabilidad necesaria, que de otra forma sólo lograría gracias a la rigidez del Estatuto. 21

- 22 En segundo lugar, considero que la Constitución impone una serie de condiciones necesarias en la definición del sistema de fuentes autonómico. Cuando la norma suprema reserva a ley materias sobre las que la Comunidad posee competencia, indirectamente se avisa de que la potestad normativa autonómica estará desdoblada en legislativa y reglamentaria; a su vez, el art. 152.3 requiere la existencia de un tercer tipo de potestad normativa, encargada de reformar el texto estatutario. Por otro lado, los arts. 152 y 153 a) establecen una distribución mínima entre el Parlamento y el Consejo de Gobierno de ese poder para dictar normas. El último de los preceptos advierte de la posibilidad de que el Gobierno apruebe normas con rango de ley; sin embargo, el reconocimiento de una «Asamblea legislativa» debe llevar a la conclusión de que la potestad legislativa del Consejo de Gobierno, de existir, no puede ser idéntica a la del Parlamento. Sea en razón de límites materiales o presupuestos habilitantes, la función legislativa en toda su magnitud sólo corresponde a la Cámara. Finalmente, la Constitución subraya el monopolio del Tribunal Constitucional en el control de validez de la ley, requisito imprescindible en el diseño de la ley autonómica. E incluso, según la STC 31/2010, FJ 32º, queda fuera de lugar introducir estatutariamente controles de otros órganos sobre la ley, distinguidos por el parámetro (por ejemplo, únicamente el Estatuto) o el momento (un control preventivo). No obstante, es preciso recordar que el Estatuto de Autonomía para Andalucía ha renunciado a este tipo de control y, además, ha vedado su instauración por vía legislativa, mediante el art. 115, que remacha la reserva de jurisdicción a favor del Tribunal Constitucional (me remito a mi comentario del art. 115 EAAnd).
- 23 La introducción de nuevas fuentes en la reciente reforma estatutaria reaviva el debate en torno a la normatividad de la Constitución. La cuestión consiste en saber si la regulación constitucional se proyecta íntegramente sobre el modo de producción autonómico, de manera que, por ejemplo, el presupuesto habilitante del decreto-ley andaluz ha de interpretarse igual que el previsto en el art. 86, el decreto legislativo andaluz debe controlarse por la jurisdicción ordinaria, o la ampliación de créditos necesariamente tiene que hacerse por ley. Estas y otras cuestiones se afrontan con detalle en los comentarios de los arts. 108, 109, 110 y 190, por lo que ahora conviene plantear los términos generales de la discusión. Es fácil imaginar dos posiciones antitéticas. A un lado, aquella que postula la plena normatividad de la Constitución, de suerte que el Estatuto simplemente reconoce la existencia de fuentes autonómicas, pero su régimen jurídico quedaría referido a la norma suprema (algo de esta idea late en las disposiciones de otros Estatutos que al regular el decreto legislativo remiten a los límites previstos en la Constitución –presupuesto que estaba presente en la proposición de reforma–). A otro, la tesis que considera que el Estatuto no simplemente reconoce, sino que habilita las fuentes autonómicas; de ahí que, dando cuenta de los límites constitucionales de naturaleza general, esté capacitado para moldear y añadir, configurando fuentes propias que no necesariamente han de responder al tipo estatal dispuesto en la Constitución.
- 24 En el contexto de esta disputa y en atención a la ley de presupuestos, el Tribunal Constitucional ha encontrado un punto intermedio. En la STC 116/1994, FJ 4.º, rechazó que la Constitución se aplicara sin más a una fuente autonómica y aclaró que su objeto era la producción jurídica del Estado, y sólo cuando recogiese principios generales, podría trasladarse a los poderes públicos autonómicos. Más adelante, en la



STC 174/1998, FJ 6.º, concretó su doctrina y elaboró la categoría de la identidad sustancial, que le sirve al Tribunal para proyectar su jurisprudencia a las fuentes autonómicas, siempre que el Estatuto contenga disposiciones idénticas a las previstas en la Constitución para ese mismo tipo de fuente.

El reconocimiento estatutario de normas sobre la aplicación del derecho afronta 25 dificultades similares a las del título competencial del Estado recogido en el art. 149.1.8.ª Recordamos una vez más la escasa operatividad de las reglas aplicativas en los conflictos entre derecho estatal y autonómico, que, en verdad, por mandato constitucional, requieren una decisión previa sobre la titularidad de la competencia. Además, ya en términos teóricos, la reciente STC 31/2010, FJ 58º, ha trasladado la «doctrina LOAPA», dictada para delimitar la potestad legislativa estatal, a las posibilidades reguladoras del Estatuto (respecto a las dudas sobre la oportunidad de este traslado, GARCÍA ROCA, J., 2009, pág. 24). En el fundamento cincuenta y siete, el Tribunal Constitucional señala que le está vedado al poder estatuyente la definición de las categorías constitucionales y, por ende, su «interpretación auténtica», función que corresponde en exclusiva al propio Tribunal (aunque en verdad, no reserva sólo la interpretación auténtica, sino simple y llanamente toda la interpretación constitucional, excluyendo al Estatuto de cualquier tipo de interpretación en este campo –véase a la luz de la «sentencia LOAPA», CRUZ VILLALÓN, P., 1999, págs. 199 y ss–). Así las cosas, intentando extraer el sentido último de la jurisprudencia constitucional, se podría afirmar que Estatuto, al igual que la ley estatal, no está en condiciones de incidir, integrar o interpretar las reglas sobre la aplicación del derecho previstas en la Constitución.

Ahora bien, esa conclusión permite añadir que el Estatuto sí podrá establecer dos 26 tipos de disposiciones sobre la aplicación del derecho. Uno relativo a aquellas reglas adicionales que no alteran la relación del derecho estatal y el derecho autonómico. Me refiero a una norma tan particular como la prevista en el art. 44.2 EAV, que estipula el carácter provisional del derecho autonómico en el ámbito de sus competencias de desarrollo de las bases y de ejecución de la legislación, de modo que su eficacia se extingue cuando el Estado dicta normativa que entra en contradicción con la autonómica. Tenemos aquí una regla sobre la aplicación del derecho, que ordena el fin de la vigencia del derecho propio si se suscita una controversia con el derecho estatal. En definitiva, el Estatuto valenciano renuncia a las posibilidades que le ofrece la Constitución y asume una autonomía política de menor intensidad en la que el propio Estatuto abandona en parte su función de norma atributiva de competencias, concediéndole al derecho del Estado esa tarea en el ámbito de las competencias compartidas (Aunque si nos tomamos en serio la tesis del Tribunal Constitucional sobre su reserva de interpretación de las categorías constitucionales, quizá habría que concluir que este precepto valenciano padecería también ciertas sospechas de inconstitucionalidad al alterar el juego del derecho estatal y el autonómico previsto en la Constitución, según la jurisprudencia del alto Tribunal).

El segundo tipo de normas sobre la aplicación cuyo reconocimiento estatutario es 27 lícito está integrado por aquellas que con nomenclatura distinta reinciden sobre los criterios previstos en la Constitución. Me refiero a la regla de la preferencia aplicativa del derecho autonómico sobre el estatal, que se recogía con mucha más intensidad en el art. 10 del Estatuto de Autonomía de 1981 y que el nuevo Estatuto, tras limar el

contenido inicial del art. 8, ha trasladado al art. 42, para las normas dictadas en el ejercicio de las competencias exclusivas. Ya he señalado en páginas anteriores que este tipo de disposición es tan sólo una formulación distinta (y reducida) de la regla de prevalencia recogida en el art. 149.3 CE (También reducida, porque, de acuerdo con la comprensión correcta de las competencias de la Comunidad Autónoma, la prevalencia de su derecho actúa ahí donde posee competencia, sea exclusiva en sentido estricto, de desarrollo de las bases o de ejecución de la legislación. Ésta era la idea que latía bajo el antiguo art. 10 y en la versión del art. 8 emanada del Parlamento de Andalucía. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, cuando, al enjuiciar una norma similar en el art. 110.2 EAC, en el fundamento jurídico cincuenta y nueve de la STC 31/2010, afirma que «[...] el sentido del precepto se compadece sin dificultad con el art. 149.3 CE, cuyas cláusulas de prevalencia y supletoriedad no se ven menoscabadas por la norma e cuestión», siempre que, todavía a la luz de la citada sentencia, opere en «supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado [...]».

- 28 No existe objeción alguna, por último, a que el Estatuto disponga reglas sobre la aplicación atinentes a la dinámica de su propio derecho. Aparentemente, un ejemplo es la transitoria segunda, que establece una solución para los casos de inacción del legislador estatal (aunque, en verdad, visto con detenimiento, no se trata realmente de una regla para colmar lagunas –me remito al comentario de la citada disposición–). Más ilustrativo es el art. 13, que sí incluye dos reglas de aplicación referidas en este caso a los derechos estatutarios. La primera restringe la eficacia de las disposiciones que reconocen tales derechos, por lo que no podrán ser aplicadas como títulos competenciales. La segunda, igualmente, limita la aplicación de los derechos estatutarios, que en este caso no serán utilizados cuando reduzcan o limiten los derechos garantizados en la Constitución y en el derecho internacional (para un desarrollo del problema nos remitimos al comentario del art. 13). Por otro lado, el Estatuto nada dice, aunque carezca de obstáculos para ello, sobre hipotéticas normas de autointegración de lagunas (entonces, es factible defender la aplicación supletoria del derecho del Estado, en especial, del Código civil).
- 29 En la conformación del derecho propio de Andalucía, el Estatuto también goza de capacidad para estipular reglas que ordenan la interpretación de las disposiciones autonómicas. Esto es especialmente importante, pues con razón se ha señalado habitualmente que el elenco genérico de principios interpretativos (tal y como recoge, por ejemplo, el art. 3.1 CC) es un muestrario de instrumentos sobre los que no se determina ningún tipo de jerarquía en su uso. En mi opinión, la norma institucional básica está en condiciones de establecer reglas generales de interpretación del derecho propio, así como criterios en supuestos concretos. No obstante, es preciso tener en cuenta que el criterio de interpretación conforme a la Constitución es hoy un principio que sí se impone a cualquier otro (por todos, véanse LÓPEZ BOFILL, H., 2004, pág. 266 y ss, y ARZOZ SANTISTEBAN, X.). De este modo, independientemente de las reglas que disponga el Estatuto, éstas cederán cuando el resultado de la labor interpretativa produzca una norma disconforme con la Constitución.
- 30 El Estatuto de Autonomía para Andalucía no ha previsto reglas generales de interpretación del derecho propio, por lo que es plausible afirmar que el art. 3 CC continúa siendo la referencia cuando se trata de dilucidar el sentido de los textos normativos aprobados por las instituciones de la Comunidad. Sin embargo, sí que ha

recogido en el art. 13 un principio específico de interpretación cuando estipula que «Ninguno de los derechos o principios contemplados en este título puede ser interpretado [...] de modo que se limiten o reduzcan derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales ratificados por España». Es oportuno en este momento remitirse al comentario del precepto concreto, y basta ahora con señalar que contiene una norma sobre la interpretación que aspira a coordinar la concreción de los derechos subjetivos previstos en distintas normas dentro de un sistema multinivel. Así, el Estatuto, consciente de que sus derechos concurrirán con otros en la solución de controversias jurídicas, impone una interpretación subordinada al derecho internacional y al derecho constitucional. Se trata, en definitiva, de una regla que limita la precomprensión del intérprete, puesto que jerarquiza los variados sentidos o *topois* normativos, de suerte que su contravención incurre necesariamente en una vulneración del Estatuto.

## Artículo 9. Derechos

*1. 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.*

*2. La Comunidad Autónoma garantiza el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20903])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21057]).

#### **Artículo 9. Derechos y deberes**

*1. Todos los andaluces gozan de los derechos, libertades y deberes establecidos en la Constitución y en este Estatuto.*

*2. La Comunidad Autónoma de Andalucía garantizará en su territorio el adecuado ejercicio de las libertades, derechos y deberes reconocidos a los andaluces.*

*3. Todas las personas que viven en Andalucía gozan de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos, en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea.*

*4. Los ciudadanos de la Unión Europea residentes en Andalucía que no gocen de la nacionalidad española tendrán garantizados los derechos y deberes de los andaluces, así como su plena integración, dentro del marco constitucional, en la vida social, económica, política y cultural de la Comunidad Autónoma, con las excepciones que establezcan, en su caso, la Constitución o las leyes del Estado.*

*5. La Comunidad Autónoma garantiza el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23648]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23900]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24256]).

#### **Artículo 9. Derechos**

1. *Todas las personas que viven 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.*

2. *La Comunidad Autónoma garantiza el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 4]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 194]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 252]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 304]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 91]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 11*

*Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los andaluces son los establecidos en la Constitución.*

*La Comunidad Autónoma garantiza el respeto a las minorías que residan en ella.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 9); Cataluña (art. 4); Galicia (art. 4); Principado de Asturias (art. 9); Cantabria (art. 5); La Rioja (art. 7); Murcia (art. 9); Comunidad Valenciana (art. 8); Aragón (art. 6); Castilla-La Mancha (art. 4); Canarias (art. 5); Comunidad Foral de Navarra (art. 6); Extremadura (art. 6); Baleares (art. 12); Madrid (art. 7); Castilla y León (art. 8).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

## E. JURISPRUDENCIA

[s/c].

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AMATE ÁVILA, M.<sup>a</sup> Luisa: «Título Preliminar», en ORTIZ SÁNCHEZ, M., y CARRASCO LÓPEZ, I. (Eds), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 45-79.

APARICIO, Marco, y PISARELLO, Gerardo: «El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿Hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?», en *El Clip*, núm. 42, en línea en [www.gencat.net/drep/iea/pdfs/c42.pdf](http://www.gencat.net/drep/iea/pdfs/c42.pdf) [consultado el 26/09/2010].

APARICIO, Miguel Ángel (Ed): *Derechos y Libertades en los Estados Compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.

BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè: *Derechos y deberes en el Estado Autonomico* Madrid, Cívitas, 2001.

BRENNAN, William J.: «State Constitutions and the protection of individual rights», en *Harvard Law Review*, núm. 90 (1977), págs. 489-504.

CAAMAÑO, Francisco: «Sí, pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79 (2007), págs. 33-46.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Derechos, deberes y principios rectores», en BALAGUER, F. (y otros), *El Nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007, I, págs. 23-43.

—: «Capítulo 3» en BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y MONTILLA MARTOS, J. A.: *Estatuto de Andalucía. Novedades respecto del Estatuto de 1981*, IAAP, Sevilla, 2007, II, págs. 25-33.

CORTNER, Richard C.: *The Supreme Court and the second bill of rights. The fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, University of Wisconsin Press, 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: «Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit espagnol», en MASTSCHER, F., y PETZOLD, H. (Eds.): *Protecting Human Rights: The European Dimension-Protection des Droits de l'Homme: la dimension européenne*, C.H. Verlag, Koln, 1988, págs. 221-228.

LOZANO MIRALLES, Jorge: «Título Preliminar», en TEROL BECERRA, M. (ed.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 55-74.

MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: «Derechos y libertades fundamentales: standard europeo, standard nacional y competencias de las Comunidades Autónomas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7 (1983), págs. 9-39.

—: «Derechos Humanos y Estatutos de Autonomía» en *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional 3 (2006)*, págs. 1-5.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (Ed.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987.

PÉREZ MORENO, Alfonso: «Artículo 11» en PÉREZ MORENO, A. y otros: *Comentarios el Estatuto de Andalucía*, Universidad de Sevilla, 1981, págs. 67-68.

PERNICE, Ingolf: «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?» en *Common Market Law Review*, núm. 36 (1999), págs. 703-750.

—: «The Treaty of Lisbon. Multilevel constitutionalism in Action» en *Columbia Journal of European Law* núm. 15 (2009), págs. 349-408.

RODRÍGUEZ, Ángel: «La mayor protección de los Derechos Fundamentales: dos ejemplos norteamericanos y algunas enseñanzas para el caso europeo» en VVAA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, vol. I, págs. 365-399.

—: *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2001.

—: «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución Española? Comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3 (2005), págs. 327-353.

SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo. 10.2 de la Constitución*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

WILLIAMS, Robert F.: «Chapter I. Rights», en TARR, A. (Ed.): *State Constitutions for the Twenty-First Century*, State University of New York Press, Albany, 2006, vol. 3, págs. 7-36.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA CLÁUSULA DE «MÍNIMO ESTÁNDAR» DEL ARTÍCULO 9.1. I. «Constitucionalismo multinivel» y cláusula de mínimo estándar. II. Titularidad de la cláusula de mínimos. III. Contenido de la cláusula. IV. Eficacia: su carácter simbólico. C. LA GARANTÍA DEL RESPETO A LAS MINORÍAS DEL ARTÍCULO 9.2.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 Aunque el Título Primero del Estatuto, dedicado a «Derechos sociales, deberes y políticas públicas», se abre con un capítulo de disposiciones generales (arts. 12-14), donde se abordan cuestiones como la titularidad, el alcance y la interpretación de los derechos estatutarios, la disposición que comentamos, rubricada genéricamente «Derechos», se encuentra, no ya fuera de ese capítulo, sino fuera del propio Título Primero. Esta ubicación tiene probablemente su origen en la cláusula genérica que, hasta las reformas estatutarias de la VIIIª legislatura de las Cortes Generales, saldaba la regulación estatutaria de los derechos de los residentes en las respectivas comunidades autónomas con una simple remisión que la totalidad de los Estatutos situaban, efectivamente, en su Título Preliminar. La remisión se hacía en exclusiva, en casi todos los casos (véanse las disposiciones citadas en el apartado de documentación que precede a este comentario) a la Constitución: así también el art. 11 EAAAnd de 1981, según el cual «Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los andaluces son los establecidos en la Constitución». Las dos únicas excepciones entre los Estatutos no reformados que aún están en vigor son Navarra, cuyo Estatuto proclama los derechos de los navarros sustituyendo la remisión a la Constitución por la expresión «los mismos derechos, libertades y deberes fundamentales que los demás españoles», y Cantabria, que, pese a carecer en su Estatuto (como todos en aquellos momentos) de una parte dogmática, completa la remisión común a los derechos «establecidos en la Constitución» con «y en el presente Estatuto».
- 2 A pesar de que la mayoría de los Estatutos reformados han introducido un Título dedicado específicamente a los derechos estatutarios, todos ellos han conservado la antigua cláusula de remisión a la CE, enriqueciéndola ahora con textos internacionales, pero relacionándola con los nuevos derechos de una manera dispar: Castilla y León y la Comunidad Valenciana la trasladan a la disposición que, abriendo el Título sobre derechos estatutarios, establece su titularidad, y la usan para aclarar que, además de los establecidos en el Estatuto, sus ciudadanos son titulares de todos los derechos



contemplados por las normas de remisión, es decir, los textos internacionales y la Constitución (lo mismo hace Baleares, aunque, inexplicablemente, omite mencionar de modo expreso los propios derechos estatutarios). Aragón mantiene su ubicación en el Título Preliminar, pero la sigue usando para incluir las normas a las que remite (también los textos internacionales y la Constitución) al proclamar los derechos y libertades de «los aragoneses y aragonesas». Cataluña, finalmente, la sitúa también al margen de la regulación de los derechos estatutarios, estableciendo un mandato general a los poderes públicos catalanes de promoción del pleno ejercicio de todos esos derechos para, más adelante, hacer titular de los mismos, al igual que de los derechos estatutarios, sólo a los ciudadanos de Cataluña.

En este contexto, el Estatuto andaluz también distingue entre los derechos establecidos en el propio Estatuto y aquellos que establecen las normas que se citan en el art. 9 EAAnd. Pero, a diferencia de los textos anteriores, hace titulares de estos derechos también a los que no lo son de los derechos estatutarios. Además, el artículo no toma la forma de mandato a los poderes públicos, sino de proclamación del «goce» de una serie de derechos y, por último, remite para ello sólo a los textos internacionales sobre Derechos Humanos, pero no a la Constitución. Todos estos extremos condicionan la interpretación que del mismo se hará en los epígrafes siguientes de este comentario. <sup>3</sup>

El apartado segundo del art. 9, por su parte, ordena a la Comunidad Autónoma garantizar el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio. Con prácticamente un idéntico tenor, formaba ya parte de la disposición que remitía a los derechos constitucionales en el Estatuto Andaluz de 1981, de la que, en ese escueto contexto, podía entenderse como un complemento adecuado. En el nuevo de 2007, sin embargo, el «pleno respeto» a las minorías se ha visto también reflejado en los derechos y en los principios rectores de las políticas públicas establecidos en el propio Estatuto: por lo que hace a los primeros, mediante la consideración de los «orígenes étnicos» como cláusula altamente sospechosa de discriminación (v. el comentario al art. 14); y, en cuanto a los segundos, de manera incluso más expresa, estableciendo el principio de «plena integración» de las minorías, en especial de la comunidad gitana (v. el comentario al art. 10.3.21.º). Todo ello parece privar en buena medida de justificación la decisión de mantener en el texto reformado su consagración de manera independiente en el Título Preliminar. <sup>4</sup>

En el presente comentario estudiaremos, en primer lugar, el sentido del apartado primero como cláusula de mínimo estándar de protección de derechos y las cuestiones que suscita sobre su contenido, su titularidad y su relación con los derechos estatutarios y constitucionales; en segundo lugar, se analizará el mandato de respeto a las minorías del apartado segundo. <sup>5</sup>

## B. LA CLÁUSULA DE «MÍNIMO ESTÁNDAR» DEL ARTÍCULO 9.1

### I. «Constitucionalismo multinivel» y cláusula de mínimo estándar

El art. 9 EAAnd parece haber sido concebido por el legislador estatuyente como una «cláusula de mínimos». En ese sentido se remite a una serie de normas internacionales, de cuyos derechos, según establece, gozan todas las personas en Andalucía «como <sup>6</sup>

mínimo»<sup>1</sup>. La idea de la existencia de un estándar mínimo en materia de derechos fundamentales tiene una doble tradición, constitucional e internacional: en la primera, se considera que el estándar mínimo de los derechos de los ciudadanos es el establecido por el Estado Federal, mientras que los Estados federados pueden elevar ese nivel de protección mediante normas más protectoras; en la segunda, se atribuye ese papel de mínimo a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, cuya ratificación por un Estado no le impide incrementar la protección internacional mediante normas internas. Ambas ideas han resurgido, en el marco del proceso de integración europea, en el nacimiento del denominado «constitucionalismo multinivel», cuyos postulados, finalmente, no han dejado de sentirse en el debate español sobre la posibilidad de que los Estatutos de «segunda generación» acogieran en su seno sus propias declaraciones de derechos.

- 7 El ejemplo claro de la tradición constitucional-territorial sobre la existencia de un mínimo estándar en materia de derechos es el de los Estados Unidos de América. La posibilidad de que las Constituciones o las leyes estatales dispensen un estándar más protector a los derechos garantizados por la Constitución o la legislación federal (o establezcan nuevos derechos) se remonta a los primeros momentos de la revolución americana, en la que, como se sabe, la misma aprobación de la *Bill of Rights* o Declaración de Derechos federal (las nueve primeras enmiendas a la Constitución) estuvo condicionada por la idea de que esos derechos vinculaban sólo al poder federal, mientras que los Estados se vinculaban exclusivamente a las declaraciones de sus propias Constituciones estatales. El proceso de extensión de los derechos constitucionales federales a todos los poderes públicos, incluidos los Estados, iniciado tras la Guerra Civil (gracias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal que los fue paulatinamente «incorporando» a la XIV Enmienda de la Constitución) oscureció a partir de entonces el papel de las declaraciones de derechos estatales, que, finalmente sin éxito, intentaron en muchas ocasiones erigirse en barrera frente a esa progresiva «nacionalización» (CORTNER, R., 1981) del estándar de protección de todos los derechos fundamentales contemplados por la Constitución Federal. Pacificada la cuestión, sin embargo, y superada la visión del derecho constitucional estatal, sobre todo el de los Estados del Sur del país, como contrapunto conservador del movimiento por los derechos civiles, el constitucionalismo estatal resurgió a finales de los setenta del pasado siglo, gracias en buena medida al *seminal article* publicado por el juez Brennan (BRENNAN, W. J., 1977) y al activismo de algunos Tribunales Supremos estatales, ahora con la idea de dispensar una protección *mayor* que la establecida por el derecho federal. Desde entonces ha tenido un papel relevante (aunque con altibajos) en la protección de los derechos de los ciudadanos (puede consultarse una última revisión en WILLIAMS, R.F., 2006). Aunque el estadounidense es el caso más conocido de cláusulas territoriales más protectoras de derechos, no es, ni mucho menos, el único (véase una panorámica general que incluye, además de Estados Unidos, Canadá, Suiza, Austria, Alemania, Bélgica e Italia en APARICIO, M. A., [Ed.], 2005).
- 8 En el plano internacional, la idea de que los tratados y convenios sobre Derechos Humanos suponen sólo un estándar mínimo que no impide la mayor protección de los

<sup>1</sup> El añadido, ausente de la proposición de reforma, parece deberse a la sugerencia hecha en ese sentido en el Dictamen sobre la misma del Consejo Consultivo (Dictamen 72/2006, de 10 de marzo, FJ 11.º). Se incorpora, en todo caso, en el texto aprobado por el Pleno del Parlamento.

mismos por el derecho interno puede considerarse también pacífica. En el ámbito de Naciones Unidas, este principio está ya presente en el PIDCP, que, en esas circunstancias, prohíbe que sea aplicado en un Estado con un sentido menos protector<sup>2</sup>. En el ámbito regional europeo tiene una especial significación. No sólo se encuentra también expresamente reconocido en el articulado de la CEDH<sup>3</sup>, sino que la naturaleza de la Convención como «estándar mínimo común europeo» en materia de Derechos Humanos ha sido constantemente recordado por la doctrina desde el primer momento (también en la española, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1988, pág. 223). Éste es también el sentido que cabe dar a su aplicación en nuestro país como canon hermenéutico privilegiado de las normas internas sobre Derechos Humanos en virtud de lo establecido por el art. 10.2 CE<sup>4</sup>: un uso interpretativo que no puede suponer, en ningún caso, reducir el estándar de protección que sería alcanzable con una aplicación en solitario, sin su concurso, del derecho interno. Existe un generalizado consenso doctrinal en torno a esta idea (con diversas denominaciones: SÁIZ ARNAIZ, A., 2001, pág. 220 y ss, por ejemplo, se refiere a la «interpretación conforme» o la «ausencia de contradicciones» entre un tratado y las normas internas para destacar que la vía del art. 10.2 CE no puede implicar incorporar nuevos límites a los derechos), que, sin embargo, no siempre se ha confirmado por la práctica de nuestros tribunales (incluyendo el Tribunal Constitucional; v. los ejemplos citados en RODRÍGUEZ, A., 2001, pág. 337 y ss).

Desde el comienzo del Estado autonómico, estas dos tradiciones que se acaban de mencionar han tenido cierta presencia en nuestra doctrina, como argumento a favor de la posibilidad de dispensar en las comunidades autónomas un estándar de protección de ciertos derechos que completara el mínimo establecido bien desde instancias internacionales (MARTÍN-RETORTILLO, L., 1983, pero con un claro posicionamiento en contrario en 2006) bien desde el Estado, comparando a estos efectos la situación española con la alemana (BARCELÓ I SERRAMALERA, M., 1991) o la norteamericana (RODRÍGUEZ, A., 1997). Sin embargo, la influencia reciente más destacada en el debate académico español sobre la idoneidad de los Estatutos de autonomía para contener su propia declaración de derechos, y dentro de ella su propia «cláusula de mínimos», ha provenido del llamado «constitucionalismo multinivel». Hay que aclarar que este término, concebido para caracterizar un proceso de integración tan *sui generis* como el europeo, se usó inicialmente para justificar la coexistencia de varios niveles decisionales como una particularidad propia de su peculiar naturaleza constituyente (PERNICE, I., 1999), de manera que el énfasis de la idea del constitucionalismo multinivel se situaba en su visión del proceso de integración supranacional en el seno de la Unión Europea como «a dynamic process of constitution-making» (pág. 707). Sólo en sus últimas versiones (PERNICE, I., 2009) se le ha dado mayor protagonismo en ese concepto a la protección multinivel de derechos fundamentales, sobre todo a partir de la

<sup>2</sup> Art. 5.2 PIDCP: «No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

<sup>3</sup> Art. 53 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

<sup>4</sup> Según el cual «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

aprobación y posterior incorporación al Tratado de la Unión Europea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE). Ahora bien, aunque la CDFUE incorpora también su propia –aunque confusa– cláusula de mínimos<sup>5</sup>, la idea de «constitucionalismo multinivel» sigue siendo tributaria, más que de una protección variable de derechos en torno a un mínimo indisponible, del peculiar sistema de gobernanza existente en la Unión Europea, cuyas categorías, más empíricas que normativas (sustitución de un orden jerárquico preciso por mecanismos de colaboración, diálogo y *networking*), impregnan toda la construcción conceptual. En ella tiene pues más difícil encaje la idea, jerárquica al fin y al cabo, de un «mínimo» impuesto desde el centro que coexiste con estándares más protectores (pero nunca menos) que pueden, siguiendo sus propias reglas, ser aprobados para determinados territorios.

- 10 La concepción, propia del constitucionalismo multinivel, de una protección de derechos «en red» (APARICIO, M./PISARELLO, G., 2007) no ha sido, sin embargo, óbice, para que sus tesis, o al menos sus términos, se hayan esgrimido como elemento importante de los argumentos en defensa de la inclusión de una parte dogmática propia en los nuevos Estatutos de autonomía. Así, se ha afirmado, con carácter general, que la distribución multinivel del poder «afecta directamente a la concepción política de la libertad en una sociedad democrática y, por tanto, al correcto entendimiento de la administración político-constitucional de los derechos fundamentales» (CAAMAÑO, F., 2007, pág. 41). Y, en este contexto, se ha dicho expresamente de este art. 9.1 EAAnd que se inscribe «en la línea de desarrollo convergente y multinivel en Europa de un Derecho constitucional común europeo en materia de derechos fundamentales» (CÁMARA VILLAR, G., 2007, I, pág. 23).
- 11 Debe recordarse, en todo caso, que la cláusula de mínimos del art. 9.1 no es la única que está presente en el Estatuto, puesto que se reproduce también, con algunas variaciones significativas, en el segundo párrafo del art. 13 (a cuyo comentario hay pues que remitirse). En líneas generales, puede decirse que la vocación del Estatuto al establecer una serie de derechos estatutarios es situarlos sobre un mínimo con respecto al cual estos derechos sólo pueden dispensar una protección mayor, y que este «suelo» de derechos se integra mediante dos vías: los textos internacionales citados en este art. 9, por una parte, y los «derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales ratificados por España» mencionados en el art. 13. Aunque ambas cláusulas son en alguna medida redundantes, difieren en otros aspectos, por ejemplo, como se verá a continuación, en cuanto a su titularidad, ya que la del art. 9.1 no opera sólo como estándar mínimo de los derechos establecidos en el Estatuto, sino que proclama una serie de derechos de los que, «como mínimo», gozan también los que no son titulares de los derechos estatutarios. En todo caso, cabe concluir que el Estatuto incorpora en materia de derechos una doble cláusula de mínimo estándar: externa, que reenvía a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, e

<sup>5</sup> Así puede calificarse el art. 53 CDFUE, según el cual «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».

interna, que reenvía a la Constitución. Desde este punto de vista, puede también afirmarse que el Estatuto ha sido receptor de la doble tradición que se ha comentado anteriormente.

## II. Titularidad de la cláusula de mínimos

Según el art. 9.1, los que gozan «como mínimo» de los derechos a los que se remite son «todas las personas en Andalucía». La intención del estatuyente ha sido, pues, la de establecer una cláusula con una titularidad de alcance universal, lo que puede rastrearse incluso en la eliminación por las Cortes Generales de la condición con la que fue aprobada inicialmente por el Parlamento, y que la limitaba a todas las personas «que vivan» en Andalucía. Aunque ese «que vivan» no debería necesariamente haberse identificado con un requisito de vecindad, ni mucho menos de residencia, lo cierto es que su eliminación del texto final deja clara la vocación de la norma de ser aplicada a todas las personas que simplemente *estén* en la Comunidad Autónoma, incluyendo también los que se encuentren aquí sólo transitoriamente (AMATE ÁVILA, M.<sup>a</sup> L., 2008, pág. 70). Ahora bien, el tenor literal del art. 9.1 no puede alterar dos principios generales que siguen siendo de plena aplicación a la hora de su interpretación: el de la exclusiva vinculación del mandato que incorpora a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el de eficacia territorial de las normas estatutarias.

Hay que recordar que, con independencia de lo que sea deducible de otras normas estatales y de la propia Constitución, la proclamación del estándar mínimo de derechos que realiza el art. 9.1 sólo puede vincular a los poderes públicos autonómicos. De manera que ninguna persona «en Andalucía» podría pretender erigirse en titular de los mismos (no al menos como consecuencia de lo aquí dispuesto) en aquellas ocasiones en las que estuviera sujeta a la autoridad estatal. Por otra parte, cabría predicar esa titularidad a todos los que, aun fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siguieran estando sujetos a los poderes públicos autonómicos. En realidad, la posibilidad de erigirse en titular de lo que dispone el art. 9.1 se condiciona, como en el caso de los derechos estatutarios (véase de nuevo el comentario al art. 13, ahora en su primer inciso) a un criterio competencial: las personas sólo tendrán esta condición en la medida en que surtan efectos sobre ellos los actos de la Comunidad Autónoma, lo que dependerá en todo caso de las competencias que ésta tenga atribuidas. Lejos de suponer una quiebra del principio de eficacia territorial de las normas autonómicas, lo que acaba de decirse no es sino consecuencia de una recta comprensión del mismo (véase el comentario al art. 7), que no debe considerarse excepcionado por lo dispuesto en este artículo.

Es preciso, por último, aclarar qué relación tiene la titularidad de esta cláusula de mínimos con la que se establece en otras disposiciones que se le relacionan muy de cerca, como son la que definen la «condición política» de andaluz (art. 5) y la que regula la titularidad de los derechos estatutarios (art. 12). Se ha aclarado ya que el art. 9.1 debe considerarse aplicable a cualquier persona sobre la que puedan recaer los efectos de actos de los poderes públicos andaluces. La titularidad de los derechos estatutarios es menos amplia, pues el art. 12 la reduce a quienes tengan vecindad administrativa en Andalucía. Y más reducido aún es el círculo de los que ostentan la

condición política de andaluz, pues el art. 5 la limita a los que, entre estos últimos, tengan la nacionalidad española. Este esquema de mayor a menor en tres círculos concéntricos se matiza, sin embargo, en el caso de los derechos estatutarios de participación: por una parte el art. 12 los excepciona del régimen general, permitiendo, por remisión al art. 30, excluir de su titularidad a los que no sean nacionales; y, por otra, (y en una dirección en cierto sentido opuesta), el art. 5.2 los extiende a los nacionales que, habiendo tenido su última vecindad administrativa en Andalucía, residan en el extranjero.

### III. Contenido de la cláusula

- 15 El art. 9.1 establece la cláusula de mínimos mediante una triple remisión a textos internacionales: en primer lugar, y de modo expreso, a la Declaración Universal de Derechos Humanos; en segundo lugar, al resto de instrumentos de protección de los mismos, tanto internacionales como europeos, ratificados por España; y, por último, a una serie de tratados que se nombran «en particular» (PIDCP, PIDESC, CEDH y Carta Social Europea).
- 16 Es cierto que la primera y la segunda parte de la remisión están redactadas en términos muy parecidos a los del art. 10.2 CE, pero con la diferencia de que allí la Constitución consagra un criterio hermenéutico de las normas internas, mientras que aquí el Estatuto se limita a proclamar la titularidad –el «goce»– de esos derechos. En consecuencia, más que del art. 10.2 CE (que sí tiene un reflejo directo en la segunda cláusula de mínimos estatutaria, la del art. 13), esta disposición trae causa del art. 96 CE, que introduce en el ordenamiento interno los tratados internacionales (también aquellos sobre Derechos Humanos) válidamente ratificados. En todo caso, otra diferencia apreciable entre la disposición constitucional y la estatutaria es la mención expresa a los instrumentos «europeos», lo que, si se interpreta en sentido estricto la exigencia de que hayan sido previamente «ratificados por España», dejaría fuera al derecho comunitario derivado (sobre esto volvemos enseguida). Más original es la mención «en particular» de los cuatro acuerdos citados, aunque su incorporación expresa no parece añadir nada a lo anterior (va de suyo que esa mención no los excluye de la exigencia de encontrarse válidamente ratificados, por lo que una eventual denuncia de los mismos por España –posible sólo en el plano de la teoría– obligaría a tenerlos por no puestos).
- 17 Cabe plantearse si en ese grupo de instrumentos mencionados «en particular» no debería haber estado también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que, unido a la reflexión anterior sobre el derecho comunitario derivado, nos permite reproducir aquí algunas ideas sobre el papel del Derecho de la Unión Europea en la definición del estándar mínimo estatal –o regional– de protección de derechos fundamentales (para lo que sigue, permítaseme remitirme a RODRÍGUEZ, A., 2005). Como se ha apuntado, una de las cuestiones que aún deben ser desarrolladas en la idea de un constitucionalismo «multinivel» en la Unión Europea es la articulación de los diversos niveles de protección de derechos, y la ubicación, en esa articulación, de los mínimos indisponibles. Y para ello hay que tener en cuenta la existencia en esta materia, a su vez, de varios niveles, tanto en el seno del derecho de la Unión Europea como en el derecho de los Estados miembros. En efecto, cada uno de ellos tiene, por una parte, su propio mínimo «constitucional», indisponible para el respectivo legislador

(el «contenido esencial» al que se refieren el art. 52 CDFUE y el art. 53 CE), y, por otra, una legislación de desarrollo que, respetándolo, no se configura ya como un mínimo, sino como un *full standard*, en todo aquello que quede bajo su ámbito. La distinción entre ambos niveles es clave para la articulación de los mínimos indisponibles, puesto que una norma europea de derecho derivado puede reducir, dentro del ámbito de competencias de la Unión, la protección de un derecho de la Carta (siempre que respete el mínimo del art. 52 CDFUE), yendo incluso por debajo del nivel que, a su vez, haya dispuesto el legislador español (al que el legislador comunitario no está vinculado), aunque nunca por debajo del mínimo garantizado por la CE (ya que éste, por el juego de remisiones del propio art. 52 CDFUE, integra también el contenido esencial europeo). El resultado de todo ello es que el derecho europeo derivado no debe considerarse un estándar mínimo, pues puede, dentro en su ámbito competencial, establece una protección mayor que la establecida para el suyo, dentro de su libertad de configuración, por el legislador nacional. La Carta, sin embargo, si debería haber sido mencionada junto con el resto de instrumentos que se citan aquí «en particular», puesto que su papel en el sistema sí es, en todo caso, el de un mínimo indisponible tanto a nivel europeo como estatal.

Ya se ha dicho que el precedente histórico de esta disposición (el art. 11 EAAAnd 1981) contenía una remisión a la Constitución. La propuesta de reforma no sólo la conservaba, sino que la completaba con otra a los derechos estatutarios, pero ambas menciones desaparecieron en el texto, convertido ya en cláusula de mínimos, enviado por el Parlamento a las Cortes Generales, donde nada se hizo para reintroducirlas. El art. 9.1 omite, pues, cualquier referencia tanto a la Constitución Española como a los derechos estatutarios, lo que, si bien ha suscitado algunas críticas (CÁMARA VILLAR, G., 2007, II, pág. 26) es coherente con su sentido de mínimo estándar. Por lo que hace a los derechos estatutarios, se acaba de ver que, en la economía normativa del Estatuto, no coinciden sus titulares con los de esta cláusula de mínimos: de los derechos estatutarios no gozan «todas las personas en Andalucía», sino sólo las que tengan vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma, por lo que es claro que estos derechos no integran el suelo mínimo de alcance universal que aquí se proclama. Tampoco la Constitución, cuyos derechos deberán —o no— considerarse de titularidad universal en función de lo que el propio texto constitucional, pero no el Estatuto, disponga. Cuestión distinta, como también se ha dicho, es que los derechos constitucionales (y los propios textos internacionales) integren por su parte la segunda cláusula de mínimos, la del art. 13 (donde ambos se encuentran mencionados expresamente), y cuya función, distinta de ésta, no es establecer un mínimo de derechos con carácter universal, sino asegurar que los derechos estatutarios no se interpretarán, desarrollarán o aplicarán a sus titulares de modo que se limiten o reduzcan los derechos que le han sido garantizados internacional o constitucionalmente.

#### IV. Eficacia: su carácter simbólico

Tras todo lo dicho, puede concluirse que el verdadero alcance del art. 9.1 viene dado, en principio, por su carácter de norma simbólica. Su contenido normativo es, en efecto, escaso, ya que la vinculación de los poderes públicos autonómicos a los derechos establecidos en los acuerdos y convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España trae causa directa de esa ratificación y no de la proclamación que

aquí se hace. La inexistencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de ningún tipo de ratificación autonómica de los tratados internacionales hace que éstos, desde el momento en que son ratificados por el Estado, vinculen a todas las comunidades autónomas, que carecen igualmente del *ius contrahendi* necesario para poder obligarse mediante sus propios tratados (v., por lo que hace a Andalucía, el comentario al art. 240), por lo que tampoco podrán decidir directamente (aunque sí mediante los procedimientos que ese mismo artículo contempla) a qué normas internacionales se remitirá esta disposición.

- 20 Desde un punto de vista jurídico, lo más destacable del art. 9.1 es, pues, lo que no dice, es decir, el contenido normativo que, salvo error de interpretación, no debería nunca imputársele: esta disposición no extiende a «todas las personas en Andalucía» ni los derechos constitucionales (no podría hacerlo) ni los estatutarios (lo que sí podría haber estado dentro de las posibilidades del estatuyente). Se limita a reafirmar, dotándolo de la visibilidad propia de todas las disposiciones del Título Preliminar, la vinculación de Andalucía a los textos internacionales sobre Derechos Humanos que, tanto a nivel internacional como europeo, mayor reconocimiento han tenido en la protección de los mismos, y a proclamar solemnemente que éstos integran el *suelo* del que gozan, «como mínimo», todas las personas en la Comunidad Autónoma.

### C. LA GARANTÍA DEL RESPETO A LAS MINORÍAS DEL ARTÍCULO 9.2

- 21 El art. 9.2 reproduce literalmente el segundo inciso del art. 11 del Estatuto de 1981. Las únicas diferencias, menores, son de énfasis (nótese que ahora la Comunidad Autónoma garantiza «pleno respeto» en lugar de «respeto») o estilísticas (de las minorías que residan «en su territorio» en lugar de «en ella»).
- 22 Los comentarios doctrinales que en su momento suscitó esa disposición son, como en general los generados por el propio art. 11 EAAnd 1981 en su conjunto, de escasa entidad (se trata, por ejemplo, de una disposición ausente de MUÑOZ MACHADO, S., [Ed.], 1987), si bien ya se destacaba su relación directa, en aquel momento sólo implícita en el texto, con la comunidad gitana y su posible redundancia con respecto al art. 12.1. EAAnd 1981, que, reproduciendo el art. 9.2 CE, se refería a la «libertad e igualdad [...] de los grupos» (PÉREZ MORENO, A., et ál., 1981, pág. 68).
- 23 Ya se ha dicho que esa redundancia puede apreciarse, esta vez con mayor justificación, en el Estatuto de 2007, que incorpora tanto un principio de integración plena de las minorías, donde se menciona expresamente a la comunidad gitana (art. 10.3.21.º), como una mención a los «orígenes étnicos» como una cláusula altamente sospechosa de discriminación (art. 14). La decisión del estatuyente, sin embargo, de conservar este mandato de «pleno respeto» como disposición separada obliga a darle a la misma un contenido propio, que podría encontrarse en la nueva idea de «minoría» a la que parece abrirse el Estatuto, y que incluiría ahora, más allá de las intenciones del estatuyente de 1981, a los grupos de inmigrantes que se establecen en la Comunidad Autónoma de Andalucía (en este sentido, LOZANO MIRALLES, J., 2009). Existe, efectivamente, una reiterada mención a los inmigrantes a lo largo del texto estatutario, desde la referencia del Preámbulo a la «inversión de los flujos migratorios», a la consideración de su «integración social, económica, laboral y cultural» como



objetivo básico de la Comunidad Autónoma (art. 10.3.17.º) y principio rector de sus políticas públicas (art. 37.1.9.º), pasando por la nueva asunción de competencias en la materia (art. 62) y su incidencia en la acción exterior de la Comunidad (art. 245.3).

La nueva redacción del art. 9 en el Estatuto de 2007 ha colocado, además (ciertamente que de una manera inesperada), el mandato de «pleno respeto a las minorías» en la misma disposición estatutaria que recoge la remisión al derecho internacional de los Derechos Humanos, uno de cuyos ingredientes más significativos consiste en los tratados que protegen a las minorías en sus más diversas modalidades.

24

**Artículo 10. Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma**

*1. La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias.*

*2. La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social.*

*3. Para todo ello, la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos:*

*1.º La consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, con singular incidencia en la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces.*

*2.º El acceso de todos los andaluces a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social.*

*3.º El afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico, antropológico y lingüístico.*

*4.º La defensa, promoción, estudio y prestigio de la modalidad lingüística andaluza en todas sus variedades.*

*5.º El aprovechamiento y la potenciación de los recursos naturales y económicos de Andalucía bajo el principio de sostenibilidad, el impulso del conocimiento y del capital humano, la promoción de la inversión pública y privada, así como la justa redistribución de la riqueza y la renta.*

*6.º La creación de las condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los andaluces en el exterior que lo deseen y para que contribuyan con su trabajo al bienestar colectivo del pueblo andaluz.*

*7.º La mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, así como la dotación de infraestructuras modernas.*

*8.º La consecución de la cohesión territorial, la solidaridad y la convergencia entre los diversos territorios de Andalucía, como forma de superación de los desequilibrios económicos, sociales y culturales y de equiparación de la riqueza y el bienestar entre todos los ciudadanos, especialmente los que habitan en el medio rural.*

*9.º La convergencia con el resto del Estado y de la Unión Europea, promoviendo y manteniendo las necesarias relaciones de colaboración con el Estado y las demás Comunidades y Ciudades Autónomas, y propiciando la defensa de los intereses andaluces ante la Unión Europea.*

10.º *La realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos, en especial mediante un sistema de vías de alta capacidad y a través de una red ferroviaria de alta velocidad.*

11.º *El desarrollo industrial y tecnológico basado en la innovación, la investigación científica, las iniciativas emprendedoras públicas y privadas, la suficiencia energética y la evaluación de la calidad, como fundamento del crecimiento armónico de Andalucía.*

12.º *La incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento.*

13.º *La modernización, la planificación y el desarrollo integral del medio rural en el marco de una política de reforma agraria, favorecedora del crecimiento, el pleno empleo, el desarrollo de las estructuras agrarias y la corrección de los desequilibrios territoriales, en el marco de la política agraria comunitaria y que impulse la competitividad de nuestra agricultura en el ámbito europeo e internacional.*

14.º *La cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social.*

15.º *La especial atención a las personas en situación de dependencia.*

16.º *La integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad.*

17.º *La integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en Andalucía.*

18.º *La expresión del pluralismo político, social y cultural de Andalucía a través de todos los medios de comunicación.*

19.º *La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa.*

20.º *El diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía.*

21.º *La promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social.*

22.º *El fomento de la cultura de la paz y el diálogo entre los pueblos.*

23.º *La cooperación internacional con el objetivo de contribuir al desarrollo solidario de los pueblos.*

24.º *Los poderes públicos velarán por la salvaguarda, conocimiento y difusión de la historia de la lucha del pueblo andaluz por sus derechos y libertades.*

4. *Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos señalados, especialmente mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.*

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20903])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21057]).

##### *Artículo 10. Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma.*

1. La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias.

2. La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política.

3. Para todo ello la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos:

1.º La consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, la seguridad en el trabajo y la especial garantía de puestos de trabajo para las jóvenes generaciones de andaluces.

2.º El acceso de todos los andaluces a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social.

3.º El afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza, a través del conocimiento, conservación, investigación y difusión del patrimonio histórico, antropológico, artístico y paisajístico de Andalucía, así como la defensa, promoción, estudio y prestigio del habla andaluza en todas sus variedades lingüísticas.

4.º El aprovechamiento y la potenciación de los recursos naturales y económicos de Andalucía bajo el principio de sostenibilidad, el impulso del conocimiento y del capital humano, la promoción de la inversión pública y privada, así como la justa redistribución de la riqueza y la renta.

5.º La creación de las condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los andaluces en el exterior que lo deseen y para que contribuyan con su trabajo al bienestar colectivo del pueblo andaluz.

6.º La mejora de la calidad de vida de los andaluces, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, la dotación de infraestructuras modernas y un sistema eficaz de comunicaciones.

7.º La consecución de la cohesión territorial, la solidaridad y la convergencia entre los diversos territorios de Andalucía, como forma de superación de los desequilibrios

*económicos, sociales y culturales y de equiparación de la riqueza y el bienestar entre todos los ciudadanos, especialmente los que habitan en el medio rural.*

*8.º La convergencia con el resto del Estado y de la Unión Europea. A estos efectos, la Comunidad Autónoma mantendrá las necesarias relaciones de colaboración con el Estado y las demás Comunidades Autónomas, y propiciará la defensa de los intereses andaluces en los órganos de la Unión Europea.*

*9.º La realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos.*

*10.º El desarrollo industrial y tecnológico basado en la innovación, la investigación científica, las iniciativas emprendedoras públicas y privadas y la evaluación de la calidad, como fundamento del crecimiento armónico de Andalucía.*

*11.º La incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento.*

*12.º La modernización, la planificación y el desarrollo integral del medio rural en el marco de una política de reforma agraria, favorecedora del crecimiento, el pleno empleo y la corrección de los desequilibrios territoriales, que contemple la agricultura ecológica, las nuevas tecnologías y los canales de comercialización de los productos agropecuarios, en el marco de la política agraria comunitaria y que impulse la competitividad de nuestra agricultura en el ámbito europeo e internacional.*

*13.º La cohesión social, promoviendo un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a las personas y colectivos más desfavorecidos, para facilitar su plena incorporación a la vida social y económica de Andalucía.*

*14.º La integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en Andalucía.*

*15.º La expresión del pluralismo político, social y cultural de Andalucía a través de los medios de comunicación tanto públicos como privados.*

*16.º La participación social en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada.*

*17.º El diálogo social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sociales, económicas y cívicas de Andalucía.*

*18.º La promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la etnia gitana.*

*19.º El fomento de la cultura de la paz y el diálogo entre los pueblos.*

*20.º La cooperación internacional con el objetivo de contribuir al desarrollo solidario de los pueblos.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23664]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23900]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24256]).

#### **Artículo 10. Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma.**

*1. La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias.*

2. *La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social.*
3. *Para todo ello, la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos:*
  - 1.º *La consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, con singular incidencia en la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces.*
  - 2.º *El acceso de todos los andaluces a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social.*
  - 3.º *El afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico, antropológico y lingüístico.*
  - 4.º *La defensa, promoción, estudio y prestigio de la modalidad lingüística andaluza en todas sus variedades.*
  - 5.º *El aprovechamiento y la potenciación de los recursos naturales y económicos de Andalucía bajo el principio de sostenibilidad, el impulso del conocimiento y del capital humano, la promoción de la inversión pública y privada, así como la justa redistribución de la riqueza y la renta.*
  - 6.º *La creación de las condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los andaluces en el exterior que lo deseen y para que contribuyan con su trabajo al bienestar colectivo del pueblo andaluz.*
  - 7.º *La mejora de la calidad de vida de los andaluces, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, así como la dotación de infraestructuras modernas.*
  - 8.º *La consecución de la cohesión territorial, la solidaridad y la convergencia entre los diversos territorios de Andalucía, como forma de superación de los desequilibrios económicos, sociales y culturales y de equiparación de la riqueza y el bienestar entre todos los ciudadanos, especialmente los que habitan en el medio rural.*
  - 9.º *La convergencia con el resto del Estado y de la Unión Europea, promoviendo y manteniendo las necesarias relaciones de colaboración con el Estado y las demás Comunidades y Ciudades Autónomas, y propiciando la defensa de los intereses andaluces ante la Unión Europea.*
  - 10.º *La realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos.*
  - 11.º *El desarrollo industrial y tecnológico basado en la innovación, la investigación científica, las iniciativas emprendedoras públicas y privadas, la suficiencia energética y la evaluación de la calidad, como fundamento del crecimiento armónico de Andalucía.*
  - 12.º *La incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento.*
  - 13.º *La modernización, la planificación y el desarrollo integral del medio rural en el marco de una política de reforma agraria, favorecedora del crecimiento, el pleno empleo, el desarrollo de las estructuras agrarias y la corrección de los desequilibrios territoriales, en el marco de la política agraria comunitaria y que impulse la competitividad de nuestra agricultura en el ámbito europeo e internacional.*
  - 14.º *La cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social.*
  - 15.º *La especial atención a las personas en situación de dependencia.*

- 16.º *La integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad.*
- 17.º *La integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en Andalucía.*
- 18.º *La expresión del pluralismo político, social y cultural de Andalucía a través de todos los medios de comunicación.*
- 19.º *La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa.*
- 20.º *El diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía.*
- 21.º *La promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social.*
- 22.º *El fomento de la cultura de la paz y el diálogo entre los pueblos.*
- 23.º *La cooperación internacional con el objetivo de contribuir al desarrollo solidario de los pueblos.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

- a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 4]).
- b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 200]).
- c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 252]).
- d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 304]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### **2. Senado**

- a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [págs. 91 y 92]; sin modificaciones).
- b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).
- c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 12*

1. *La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitará la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social.*

2. *La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política.*

3. *Para todo ello, la Comunidad Autónoma ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos:*

1.º *La consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción y la especial garantía de puestos de trabajo para las jóvenes generaciones de andaluces.*

2.º *El acceso de todos los andaluces a los niveles educativos y culturales que les permitan su realización personal y social. Afianzar la conciencia de identidad andaluza, a través de la investigación, difusión y conocimiento de los valores históricos, culturales y lingüísticos del pueblo andaluz en toda su riqueza y variedad.*

3.º *El aprovechamiento y la potenciación de los recursos económicos de Andalucía, como su agricultura, ganadería, minería, pesca, industria, turismo, promoción de la inversión pública y privada en Andalucía; así como la justa redistribución de la riqueza y la renta.*

4.º *La superación de las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan la emigración de los andaluces y, mientras ésta subsista, la asistencia a los emigrados para mantener su vinculación con Andalucía. En todo caso, se crearán las condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los emigrantes y que éstos contribuyan con su trabajo al bienestar colectivo del pueblo andaluz.*

5.º *El fomento de la calidad de vida del pueblo andaluz, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, y el desarrollo de los equipamientos sociales, con especial atención al medio rural.*

6.º *La protección y realce del paisaje y del patrimonio histórico artístico de Andalucía.*

7.º *La superación de los desequilibrios económicos, sociales y culturales entre las distintas áreas territoriales de Andalucía, fomentando su recíproca solidaridad.*

8.º *La realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos.*

9.º *La constante promoción de una política de superación de los desequilibrios existentes entre los diversos territorios del Estado, en efectivo cumplimiento del principio constitucional de solidaridad.*

10.º *El desarrollo industrial, como fundamento del crecimiento armónico de Andalucía.*

11.º *La reforma agraria entendida como la transformación, modernización y desarrollo de las estructuras agrarias y como instrumento de una política de crecimiento, pleno empleo y corrección de los desequilibrios territoriales.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 9); Cataluña (art. 4); Galicia (art. 4); Principado de Asturias (art. 9); Cantabria (art. 5); La Rioja (art. 7); Murcia (art. 9); Comunidad Valenciana (arts. 10 y 11); Aragón (art. 20); Castilla-La Mancha (art. 4); Canarias (art. 5); Extremadura (art. 6); Baleares (art. 12); Madrid (art. 7); Castilla y León (art. 8).



## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

## E. JURISPRUDENCIA

STC 14/1989, FJ 2.º

STC 147/2007, FJ 14.º

STC 37/1987, FJ 10.º

STC 247/2007, FJ 15.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

CARMONA CUENCA, Encarnación: «Las normas constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76 (1992), págs.103-125.

CRISAFULLI, Vezio: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, A. Giuffrè, Milan, 1952.

D'ATENA, Antonio: «Entre retórica y normatividad: a propósito de las disposiciones programáticas contenidas en los Estatutos de las regiones italianas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 7 (2009), págs. 1-15.

—: «Normas programáticas y pluralismo axiológico en el Derecho Constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 74 (2009), págs. 455-475.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio.: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Madrid, 1988.

GOMES CANOTILHO, Juan José.: «¿Revisar o romper la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43 (1995), págs. 9-23.

—: «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (1988), págs. 239-260.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: «Normas programáticas, Estatutos y autonomía comunitaria», en *Revista de Derecho Político*, núm. 21 (1984), págs. 7-30.

MEIL LANDWERLIN, Gerardo: «El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 42 (1984), págs. 211-225.

PIZZETTI, Franco: «Osservazioni sulle norme di principio degli Statuti delle Regioni ordinarie», *Giurisprudenza costituzionale*, 1972, pág. 2888 y ss.

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, José Luis: «Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122 (2003), págs. 269-316.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15 (1985), págs.79-91.

—: «El estado social como estado autonómico», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3 (1999), págs. 61-78.

TAJADURA TEJADA, Javier: *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «La función de los derechos fundamentales en el marco de las autonomías», en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm.5 (2007), págs. 203-239.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. OBJETIVOS Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.  
C. OBJETIVOS: NORMATIVIDAD Y EFICACIA JURÍDICA.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 Dentro del Título Preliminar, el art. 10 EAAAnd lleva como título: «Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma». Se trata de un extenso artículo, integrado por cuatro apartados y veinticuatro subapartados (incluidos estos últimos en el apartado 3.º), en el que se especifican con cierto detalle los fines últimos que se pretenden alcanzar por el poder político autónomo que con el Estatuto se crea. Objetivos abiertos cuya realización se alcanza en la dinámica del propio proceso político que el Estatuto regula, sin determinación de plazo o término alguno que permita, en principio, evaluar la consecución de los mismos. Fines que por su estructura normativa, como veremos, no responden al esquema prescriptivo/normativo común –presupuesto de hecho al que se anuda una consecuencia jurídica–, sino normas que, a la vista de cómo quedan enunciadas, plantean problemas respecto del modo y grado en que su eficacia jurídica puede y debe imponerse, pues son normas que aspiran a un resultado por sí mismo difícilmente mensurable, al menos desde una perspectiva estrictamente jurídica. Objetivos que, por otra parte, definen un modelo de sociedad o, mejor dicho, normas que indican el rumbo u orientación que debe imprimirse a las políticas públicas, pues el Estatuto, como se afirma en su Preámbulo, ha de ser el «instrumento jurídico que impulse el bienestar, la igualdad y la justicia social, dentro del marco de cohesión y solidaridad que establece la Constitución».
- 2 En resumen, el artículo 10 EAAAnd se encuadra en la tipología de normas que la doctrina ha calificado como normas programáticas, sin que de ello pueda inferirse que el adjetivo tiene como función privar de sentido jurídico al sustantivo. Así, estas normas se piensan antes como tareas a las que los poderes públicos vienen vinculados que como meras declaraciones de intenciones carentes de toda relevancia normativa, por más que hayan podido ser, asimismo, útiles para legitimar políticamente el proceso de creación o reforma de la norma fundante de la comunidad política. Cuestión distinta es decidir si

los citados objetivos exigen para su consecución una concreta y determinada política, una determinación precisa del cómo deban alcanzarse tales objetivos. El reconocimiento del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.2 EEAnd) permite descartar, como veremos, una interpretación estricta en este sentido.

El Estatuto como norma institucional básica de la Comunidad (art. 147 CE) no sólo limita los poderes que crea, sino que insta a esos poderes a encauzar las políticas públicas en una dirección determinada y a poner a las demás bajo el paradigma de los objetivos que se pretenden alcanzar. Corresponde, pues, al poder o poderes estatuidos la actualización de una política predeterminada que conduzca al modelo de sociedad ideal que el estatuyente prefiguró tomando como referente el conjunto de valores y principios que se consideraran universales en el tiempo de la aprobación o reforma del Estatuto. Objetivos sociales que en nuestro caso concreto no difieren, en principio, del modelo constitucionalmente prefigurado, lo que por otra parte sería más que cuestionable que pudiera haber ocurrido, pues los Estatutos son normas subordinadas a la Constitución de tal forma que el poder estatuido también está constitucionalmente vinculado a los objetivos por la Constitución marcados. En principio, la contradicción flagrante entre unos objetivos y otros habría de resolverse a favor de la norma constitucional, pero sólo en principio. <sup>3</sup>

El amplio número y la apertura de los objetivos –se ha hablado de un cierto ecumenismo axiológico– evitan plantear el problema en estos términos, los de contradicción directa y frontal entre diferentes marcos normativos, pues la lucha de contrarios es consustancial a un listado de fines que pretende encerrar la vida política entera. Más posibilidades habría de que la contradicción surgiese en el transcurso del ejercicio de competencias por parte del Estado y la Comunidad Autónoma, pero para entonces ya estaríamos en otro plano distinto, el del libre o condicionado ejercicio de las competencias por parte del poder autonómico frente al Estado. En todo caso, la coincidencia normativa en el objetivo último, la consecución de la igualdad sustancial o material, integra al poder político autonómico como parte de la arquitectura del Estado social y democrático de Derecho –v. arts. 9.2 CE y 10.1 EAAAnd–, como parte de un Estado que tiene a la igualdad formal como presupuesto y a la igualdad material como mandato o, mejor dicho, como objetivo democrático precisamente para dar valor a la primera (una igualdad *en droits*). <sup>4</sup>

Mandato éste, el de la conquista de la igualdad, que delimita los destinatarios de la norma, los poderes públicos, sin que quepa por tanto deducir de estos preceptos un conjunto de derechos para la ciudadanía. Los objetivos o tareas estatutarios son parámetros de la actuación legislativa, administrativa o judicial, especialmente de la primera, que es la que viene obligada a actualizar el mandato a través de la legislación pertinente. Nacen de aquí dos tipos de problemas: El primero tiene que ver con la inactividad del legislador y con el problema jurídico que se suscita desde el punto de vista de la eficacia de las normas programáticas en caso de inactividad legislativa. Se habla entonces de la inconstitucionalidad por omisión y de la dificultad del sistema constitucional de garantías para colmar la laguna inconstitucional. El segundo tiene que ver con los límites del control de constitucionalidad y con el riesgo de que éste mute en control de oportunidad (política). Corresponde *prima facie* al legislador la decisión sobre cómo habrá de alcanzarse los distintos objetivos estatutarios que construyen la igualdad. Sólo en casos de abierta contradicción habrá de poder imponerse la fuerza <sup>5</sup>

normativa del Estatuto frente a la decisión del legislador. Lo abierto de los objetivos impone a los jueces autocontención en su actividad interpretativa del Derecho de conformidad con los objetivos estatutariamente fijados. Poner en manos del juez (o jueces) la capacidad o facultad para imponer el objetivo inacabado de la igualdad frente al legislador es suplantar el ámbito democrático de decisión (la elección de los medios, de su adecuación y posibilismo financiero, entre otras decisiones) por un decisionismo judicial de difícil control en la medida en que trata de imponer valores difícilmente racionalizables (BÖCKENFÖRDE, E. W., 2000, págs. 41-45), introduciendo así en lo constitucional un grado de incertidumbre respecto de lo que deba entenderse como contrario o no al Estatuto (DE OTTO, I., 1988, págs. 43-50).

- 6 Con todo, hemos dado por supuesto la capacidad de los Estatutos para incorporar a sus textos objetivos y tareas dirigidos a los poderes públicos, capacidad que, lejos de ser pacífica, ha sido discutida tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Discusión que tiene mucho que ver con la configuración constitucional del Estatuto como norma institucional básica. Analizar esta cuestión será el primero de nuestros objetivos. A continuación trataremos, desde el contenido del art. 10 EAAnd, los distintos problemas que las normas programáticas plantean y que se han ido esbozando a lo largo de esta introducción: Normas programáticas cuya configuración hace dudar de su prescriptividad o al menos obligan a matizarla, trasladando el debate a los predios de su mayor o menor eficacia directa. La virtualidad jurídica de las normas «tarea» requiere de algunas precisiones para tratar de fortalecer su normatividad. Ligado a su fuerza normativa aparece la problemática del Estatuto como norma dirigente en la medida que prefigura un programa político que el legislador debe desarrollar. El margen de que disfrute el legislador para alcanzar dichos objetivos o cuánto tiene la política de espacio para desarrollarse pluralmente dependerá de cómo se interprete la combinación de los valores de libertad e igualdad sustancial en el seno de la comunidad política democrática que nace con el Estatuto. Comunidad política que, con la promoción de la igualdad y libertad, lo que busca es consolidar un sistema democrático de calidad que facilite la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. Un forma, en resumen, de reconocer la heterogeneidad social y el antagonismo de clase al que da lugar, más una visión del poder público que ha de operar contra la desigualdad social para que la libertad e igualdad jurídicas (formales) no se conviertan en fórmulas vacías (BÖCKENFÖRDE, E. W., 2000, pág. 38).

## B. OBJETIVOS Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

- 7 El Estatuto andaluz de 1981 ya recogía en su art. 12 un listado con los objetivos generales y básicos respecto de los cuales la Comunidad Autónoma ejercería sus poderes (algo que también ocurría en distintos Estatutos de aquella hornada). Este dato histórico, unido al hecho de que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado hasta fecha muy recientemente sobre esta cuestión, hizo que se asumiera desde muy temprano, no sin cierto debate doctrinal, la posibilidad de que la normas estatutarias incorporasen normas dedicadas exclusivamente a contener directrices u orientaciones para los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias/poderes (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 1984). La consideración del poder político autonómico como ente público de fines generales aunque de competencias limitadas estaba detrás de esta percepción favorable. Tanto es así que, recientemente, el Tribunal Constitucional

ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión de forma indirecta, pues la duda de constitucionalidad que se le planteaba se refería a la posibilidad de que los Estatutos de autonomía incorporasen carta de derechos (estatutarios). Para negar la posibilidad de los últimos afirma la posibilidad de los primeros en la marco de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma respectiva.

Partiendo de este dato, nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan. En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE) (STC 147/2007, FJ 15.º).

Así, según el parecer del TC, los Estatutos de autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad y, en consecuencia, normas atributivas y delimitadoras de las competencias autonómicas, pueden contener, por voluntad estatuyente, mandatos, orientaciones u objetivos dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de las citadas competencias. Esta conformidad constitucional de los objetivos y directrices estatutarios con la Constitución se enmarca en la idea tantas veces reiterada por nuestro TC de que la igualdad en la titularidad de los derechos por parte de todos los españoles, con independencia de la parte de territorio donde se encuentren, debe conciliarse con la autonomía política de las nacionalidades y regiones reconocidas en el art. 2 CE<sup>1</sup>. Autonomía política en el ejercicio de las competencias propias que se

<sup>1</sup> «Lo expuesto nos permite afirmar que el art. 139.1 CE no contiene un principio que imponga la uniformidad absoluta respecto de los derechos constitucionales propiamente dichos, afirmación que queda reforzada porque según este Tribunal ha señalado "tampoco este precepto es atributivo de competencias sino que se limita a establecer principios que son límites, tanto de las competencias autonómicas como de las estatales y, por ello, inadecuados para resolver un conflicto de competencias" (STC 14/1989, de 26 de enero, FJ 2.º). En suma este precepto contiene un principio que se dirige a todos los poderes públicos en general, es decir, a todos los entes dotados de poder político en nuestro Estado autonómico, o sea, tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. Por tanto, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas pueden ejercer sus competencias normativas en los ámbitos materiales previstos en cada Estatuto de Autonomía, lo que les habilita, sin duda, en ejercicio del principio de autonomía (art. 2 CE), para establecer sus propias políticas u objetivos a través de los regímenes jurídicos que consideren más adecuados en cada caso. Este dato, que hace posible la diferenciación entre los regímenes jurídicos que en sus áreas de competencia pueden establecer las distintas Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, conlleva la diferenciación entre las posiciones jurídicas de los ciudadanos de cada una de ellas [...].», STC 147/2007, FJ 14.º Asimismo, «El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus

manifiesta desde el mismo instante de creación de la Comunidad Autónoma con la aprobación de su Estatuto. No ahonda el Tribunal –tampoco se le pide ni es su intención– en más cuestión que la transcrita. No dice nada respecto de la coincidencia o no de esos objetivos con los reconocidos por la propia Constitución, ni de lo que ocurre con la eficacia de los objetivos estatutarios cuando se trata de competencias compartidas entre el Estado y las comunidades autónomas. Sin embargo, sí responde a estas cuestiones cuando resuelve la cuestión principal que se le plantea: la posibilidad, como hemos dicho, de incorporar a los Estatutos derechos subjetivos. *Mutatis mutandis*, sus advertencias en este terreno son trasladables al asunto que nos ocupa.

9 Por ser el Estatuto norma subordinada a la Constitución no podría aquél contener objetivos (mandatos al poder público autonómico) contrarios a la Norma constitucional. El Estatuto no puede obligar a orientar las políticas públicas hacia un objetivo contrario a los valores y principios constitucionales. La inconstitucionalidad del Estatuto en este extremo no es más que consecuencia de la primacía constitucional. Una Constitución que se sabe abierta y que, en consecuencia, admite políticas de distinto signo, por más que sus objetivos, principios y valores sean límites a las opciones que pueda tomar el legislador y demás poderes constituidos.

10 Es este marco amplio de coincidencias donde el estatuyente opta por un objetivo en vez de otro, por éstos en lugar de aquéllos, dentro del marco de posibilidades que la Constitución ofrece. La inserción de unos concretos objetivos tiene más que ver con la política de priorización a nivel regional de objetivos constitucionales por el poder político estatuyente. A través de los objetivos estatutarios, racionalmente seleccionados, es el sistema constitucional de objetivos, principios y valores el que acaba imponiéndose/actualizándose, pues en realidad no se trata tanto de un problema de validez constitucional cuanto de eficacia de la Norma Suprema, dado que a estos objetivos, valores y principios quedan también las comunidades autónomas vinculados (en tal sentido, se ha definido a los objetivos estatutarios como el «mapa de incumplimiento de lo Constitucional», pues la selección de objetivos por parte del estatuyente lo que está indicando es aquella parte de la Constitución que requiere de una mayor actualización en el concreto territorio autónomo; por todos, PIZZETTI, F., 1972, pág. 2888 y ss). Este es el sentido que tiene el que el art. 10.1 EAAAnd reproduzca casi en su literalidad el objetivo constitucional en que se traduce el carácter social del Estado (art. 9.2 CE), si bien no se perdió la ocasión para actualizar su contenido desde la que ha sido su propia virtualidad.

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE).

---

propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10.<sup>o</sup>).

La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positivas que resulten necesarias (art. 10.2 EAAnd).

11 Mayor dificultad plantea la virtualidad o actualización de los objetivos estatutarios en aquellas materias compartidas entre el Estado y las comunidades autónomas. Es obvio que allí donde la Comunidad Autónoma disfrute de competencias exclusivas corresponderá al poder público autonómico concretar, a través de las políticas que se diseñen, las formas en que se pretenden alcanzar los objetivos. Distinto es el panorama en aquellas materias donde las competencias sean compartidas en el sentido del art. 42.2.2 EAAnd, es decir, cuando corresponde al Estado la determinación de las bases y a la Comunidad Autónoma la potestad legislativa, reglamentaria y ejecutiva en el marco de las citadas bases. En estos casos, por voluntad del Poder Constituyente, es el Estado el que en primera instancia puede acabar imponiendo su criterio en la determinación de las formas de actualización de los objetivos, propiciándose con ello un cierto grado de homogeneidad a nivel estatal. Quien dicta las bases configura el modo de alcanzar los objetivos, pudiera decirse, aunque la determinación del cómo no tenga por qué ser necesariamente precisa y absoluta<sup>2</sup>.

12 En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada sí liga de forma inescindible objetivos con competencias. Prácticamente, afirma el TC, sólo allí donde exista competencia expresamente asumida podrá anudarse objetivo, mandato u orientación de las políticas públicas. Lo contrario no tendría sentido, por más que las comunidades autónomas sean entes políticos con fines generales («Para todo ello, la Comunidad Autónoma, *en defensa del interés general*, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos», art. 10.3 EAAnd, cursiva nuestra). Pesa más en la razón del TC la consideración de las comunidades autónomas como entes políticos con competencias limitadas («[...] lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto [...]» STC 247/2007, FJ 15.º).

13 Sin embargo, la posición constitucional de las comunidades autónomas va más allá de su mera concepción de subentes políticos territoriales ajenos al desenvolvimiento de la vida política del Estado. No se olvide que, como hemos dicho, las comunidades autónomas están vinculadas por los objetivos, valores y principios constitucionales, y que, además, las comunidades autónomas participan en la formación de la voluntad del Estado a través de su participación en el Senado (art. 69.5 CE), tienen capacidad para proponer proposiciones de ley (art. 87.2 CE) y cuentan con legitimación para interponer

<sup>2</sup> «El segundo de los límites a las diversificaciones de regímenes jurídicos que pueden establecer las Asambleas de las Comunidades Autónomas se contiene en el art. 149.1 de nuestra Constitución y tiene dos proyecciones diferentes. De un lado, la competencia estatal para regular "las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (art. 149.1.1.ª CE). Y, de otro, las competencias exclusivas, legislativas o, simplemente, de "legislación básica" que el Estado también tiene atribuidas por las diversas reglas del art. 149.1 CE. Reglas estas últimas que ponen de relieve el diferente grado de homogeneidad que el constituyente quiso que quedara preservado en cada una de las materias incluidas en este precepto constitucional», STC 147/07, FJ. 15.º

el recurso de inconstitucionalidad contra «actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía» [art. 162.1 a) CE y art. 32.2 LOTC<sup>3</sup>]. Factores todos ellos que dan sentido a la expresión «Estado de las autonomías» con la que a menudo se ha querido hacer ver que el principio autonómico es el reverso del principio que consagra la unidad del Estado<sup>4</sup>. Por esta razón, no parece del todo fuera de lógica constitucional que el Estatuto de Autonomía pueda consagrar objetivos sin necesidad de que estén ligados a una competencia estatutariamente asumida. Antes bien, el rol político que a nivel del Estado juega la Comunidad Autónoma admite que esta actividad pueda servir para cumplimentar, con efectos generales, lo que no son más que objetivos expresado a nivel autonómico, pero que no contradicen lo dispuesto en la Constitución. Nótese al respecto que el art. 10.3 transcrito habla del ejercicio «de sus poderes» por parte de la Comunidad Autónoma en defensa del interés general y no de ejercicio de competencias (v. art. 106.9, 16 y 17 EAAnd, entre otros).

### C. OBJETIVOS: NORMATIVIDAD Y EFICACIA JURÍDICA

- 14 Una de las cuestiones recurrentes que surgen cuando se habla de objetivos o normas programáticas a nivel constitucional es la de su virtualidad o eficacia jurídica. A estas alturas de la historia es claro que todos los preceptos contenidos en los Estatutos de autonomía son normas jurídicas y que, como tales, resultan vinculantes para los destinatarios de las mismas. Sin embargo, la peculiaridad normativa de los preceptos jurídicos que a nivel constitucional encierran objetivos o fines –peculiaridad que dejamos entrever en la introducción de este comentario– obliga casi siempre a dedicar una parte de la exposición a explicar, aunque sea someramente, cuál es el alcance exacto de su vinculatoriedad y el porqué de su problemática.
- 15 Las normas programáticas constitucionales, en un sentido lato de este último término, son obligatorias frente a todo poder político (v., en general, CRISAFULLI, V., 1952).<sup>5</sup> Quiere esto decir que el poder público estatal o autonómico viene obligado a

<sup>3</sup> «[...] pues dicha expresión legal (propio ámbito de autonomía) remite, más ampliamente, a la posición institucional en el ordenamiento de las Comunidades Autónomas, vale decir, al conjunto de sus competencias y facultades y también a las garantías, constitucionales y estatutarias, que dan forma y preservan a dicha autonomía. El ámbito de ésta podrá verse afectado, en suma, no sólo cuando las competencias autonómicas se digan menoscabadas, directa o indirectamente, por el Estado, sino también –y con los mismos efectos positivos sobre la legitimación– en los casos en que el órgano de la Comunidad aduzca una conculcación, por reglas estatales, de cualquiera de las garantías que, en la Constitución y en el Estatuto, han de ser vistas como el presupuesto y la base misma de la autonomía, o como su proyección en la organización integral del Estado» (STC 56/90, FJ 3.º).

<sup>4</sup> «[...] resulta indudable, a la vista del art. 2 de la Constitución, que la misma ha instaurado un Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política que son expresión del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles [...]» (STC 119/1992, FJ 1.º).

<sup>5</sup> No hay en el Estatuto un artículo similar al 9.1 CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Puede, sin embargo, que en ese «resto» estén incorporados los Estatutos tanto directamente como por remisión: «Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico», art. 147.1 CE. En este sentido, nuestro TC ha reiterado en múltiples ocasiones que: «[La] Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo



*concretizar* el programa social prefigurado en los referidos textos normativos (Constitución/Estatutos). El mandato, lógicamente, está dirigido al legislador, pero no sólo. La «vinculación del legislador es permanente, pues a él le corresponde en primera instancia la realización del mandato constitucional. Pero los objetivos o fines normativos tienen también una capacidad no menor de vinculación (in)mediata de toda la actividad del resto de poderes públicos bien en el ejercicio de la función ejecutiva bien en el ejercicio de la función judicial. Como normas de naturaleza constitucional son, por último, parámetro de la actuación de los poderes públicos, es decir, límites a la actuación de los mismos, por lo que pueden, en su caso, justificar una declaración de inconstitucionalidad de los actos aprobados en su contra» (GOMES CANOTILHO, J. J., I, 1999, págs. 1085-1113).

[...] los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada. –Lo dicho ha de entenderse sin perjuicio, claro está, de que tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los Estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente estatuto (STC 247/07, FJ 15.º).

Antes que norma parámetro –el carácter abierto y alto número de los mismos juega en su contra– los objetivos son, sobre todo, normas vinculantes para el legislador. De tal forma que lo que entra en crisis no es tanto su vinculatoriedad cuanto su aplicabilidad directa. Las *normas fin* o *normas tarea* exigen como requisito necesario para su actualización de *interpositio legislatoris*, a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, que lo son precisamente por no depender de su eficacia directa de la voluntad de ningún poder público, principalmente del legislador, por más que los derechos fundamentales tengan cada vez más una vertiente positiva que exige del poder político constituido acciones positivas para que el derecho fundamental se haga realmente efectivo. 16

De este dato no puede colegirse, sin embargo, la negativa a reconocer a estos preceptos carácter normativo. El que sea difícil jurídicamente articular una garantía adecuada frente a, por ejemplo, la inactividad legislativa (inconstitucionalidad por omisión) o el hecho de que la textura abierta de los objetivos pueda dar pie a un activismo judicial que rivalice con la soberanía parlamentaria no son causa suficiente para determinar su exclusión del mundo de lo normativo. Tal vez se pueda especular, en el ámbito de la política constitucional, la conveniencia o no de la incorporación de demasiados objetivos en los textos constitucionales, objetivos a veces contradictorios entre sí, o criticar, desde esa misma perspectiva, los intentos por parte del poder estatuyente de encorsetar en exceso la vida política de la comunidad, apostando por un constitucionalismo «dirigente» en detrimento del proceso democrático. Puede ocurrir, asimismo, que las situaciones cambiantes de la vida actual superen pronto gran parte de 17

---

inequívoco y general de su artículo 9.1, donde se dice que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución", sujeción o vincularidad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor» (entre otras, SSTC 16/1982, 77/1982 y 7/1983).

los objetivos marcados en su día por el estatuyente, obligando a reformar el texto para no incurrir en contradicción, pero ninguna de estas consideraciones restan un ápice de normatividad a los objetivos o fines estatutariamente marcados como normas vinculantes para los poderes públicos, como normas que coadyuvan en la interpretación de otros preceptos estatutarios o como normas que, en su caso, pueden ser parámetro de la constitucionalidad de las leyes o decisiones adoptadas en contra de esos objetivos por parte de los poderes públicos<sup>6</sup> (los fines u objetivos estatutarios no cobran naturaleza jurídica porque el legislador estatuido apruebe normas buscando su realización, porque existen objetivos y fines normativos es por lo que existen normas tendentes a darles concreción. [DE OTTO, I., 1988]).

Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos señalados, especialmente mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas (art. 10.4 EAAAnd).

- 18 El problema se sitúa, pues, no ya en la naturaleza normativa de los objetivos y fines, sino hasta qué punto queda condicionada la política estatuida a la luz de los objetivos estatutariamente consagrados. ¿Cuáles son las medidas (más) adecuadas para alcanzar los objetivos señalados y quién las configura? ¿Quién debe determinar dentro del marco presupuestario los fondos asignados a tal o cual política? ¿Qué margen, en resumen, le queda al pluralismo político estatuido frente al proyecto social definido en el texto estatutario (idea ésta que encierra otra mayor: el Estatuto contiene un orden social determinado que el legislador está obligado a desarrollar)? El Estatuto, como la Constitución, es marco amplio de coincidencias y, en ese sentido, deben haber tantas alternativas en la consecución de los objetivos como opciones políticas representativas haya en la sociedad<sup>7</sup>. Los fines u objetivos no pueden neutralizar el principio democrático, base del orden constitucional mismo y objetivo nodriza de todos los demás:

[...] removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y *fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces* en la vida política, económica, cultural y social (art. 10.1EAAAnd, cursiva nuestra).

<sup>6</sup> En este sentido, resultan significativas las sentencias 372, 378 y 379/2004 de la Corte Constitucional italiana, que privaron de toda eficacia jurídica a los objetivos programáticos contenidos en algunos de los Estatutos regionales traídos a su conocimiento. Y lo son porque tanto la doctrina italiana, señaladamente desde la aparición de la obra de Crisafulli citada más arriba, como la jurisprudencia constitucional habían determinado la plena y directa eficacia de estas disposiciones. La negación de todo valor jurídico de estos preceptos –sí los consideraba la Corte relevantes desde el punto de vista político, social, económico y cultural– se debía más a una cuestión de oportunidad jurídica desde la perspectiva del sistema de fuentes. Para la Corte los Estatutos no eran las normas idóneas para incorporar objetivos o fines programáticos, pues estos, en potencia, pudieran contradecir los objetivos o fines señalados en la Constitución. De estos últimos no se dudaba en las sentencias de su valor normativo. (por todos, D'ATENA, A., 2009, págs. 1-15).

<sup>7</sup> «[La] Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa de gobierno» (STC 11/81, FJ 7.º).

En todo caso, son las palabras que encierran los objetivos las que habrán de ser concretadas en el discurso democrático (de ahí que éstas sean abiertas, pues sus significados se nutren, a través del tiempo y de la transformación social, de las propias realidades que regulan: seguridad y salud laboral, conciliación de la vida familiar y laboral, educación permanente, conciencia de identidad andaluza, promoción de la modalidad lingüística andaluza, potenciación de recursos naturales, sostenibilidad, justa redistribución de la riqueza, creación de las condiciones indispensables para el retorno de los andaluces en el exterior, mejora de la calidad de vida mediante la protección del medio ambiente, cohesión territorial mediante la superación de los desequilibrios económicos, convergencia con el Estado y con la Unión Europea, realización de un eficaz sistema de comunicaciones, desarrollo industrial y tecnológico basado en la innovación y la investigación científica, incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento, modernización y planificación del medio rural en el marco de una política de reforma agraria, cohesión social mediante un sistema eficaz de bienestar público, especial atención a las personas dependientes, integración social, económica y laboral de los discapacitados, integración de los inmigrantes, medios de comunicación andaluces como medios para la expresión del pluralismo político y social, participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, diálogo y concertación social, promoción de las minorías –especialmente la gitana–, fomento de la cultura de la paz entre los pueblos, cooperación internacional con el objetivo de contribuir al desarrollo solidario de los pueblos y difusión de la historia de la lucha del pueblo andaluz por sus derechos y libertades).

El objetivo último del sistema democrático institucionalizado es, precisamente, la permanente construcción de la democracia a través de la conquista de la igualdad en derechos para los ciudadanos (Estado social). La democracia es así un proceso inacabado que busca su realización. Por esta razón, el estatuyente impone como objetivo al poder estatuido la persecución de este objetivo general –la igualdad sustancial– a través de la conquista de otros objetivos denominados básicos<sup>8</sup>. Pero lo hace a través de la imposición de unos objetivos que, aunque específicos, permiten o deben permitir un alto grado de libertad en la selección de los medios e instrumentos que el poder político estatuido escoja para realizarlos. Básicamente el Estatuto lo que impone es la necesidad de que estos objetivos estén constantemente en el discurso democrático. Como balizas que centran el debate plural de las políticas propias que la Comunidad Autónoma pueda realizar, así se comportan los objetivos básicos contenidos en el art. 10 EAAAnd<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> «No parece, en cambio, que pueda recurrirse en rigor al art. 9.2 como parámetro de valoración constitucional del problema, como hacen los recurrentes. Dicho precepto, que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y para que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material; pero no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos» (STC 98/1985, FJ 9.º).

<sup>9</sup> Amoldando así el contenido del objetivo o principio a la idea que sobre el mismo tiene la conciencia jurídica del momento (SOLOZÁBAL, J. J., 1985, pág. 86).

- 21 Así pues, sólo frente aquellas políticas públicas que hayan buscado contradecir flagrantemente los objetivos señalados podrá oponérsele el objetivo en cuestión como parámetro de la constitucionalidad. La discusión sobre qué política es la más adecuada para su realización es consustancial a los objetivos. De la misma forma que unos objetivos excesivamente marcados desactivarían la democracia, una democracia (social) que no pretendiese la igualdad sustancial de los ciudadanos sería una democracia falseada. Por esta razón, el estatuyente no incluye al juez entre los poderes públicos llamados en primera instancia a configurar el modelo de sociedad prefigurado en el Estatuto, pues la propia estructura normativa de los objetivos no responde a la lógica normativa común de presupuesto de hecho/consecuencia jurídica, sino que son normas que marcan un fin, una tendencia por la que encaminar la acción política pública (normas de programación final frente a normas acabadas o perfectas o condicionadas, cuya realización tiene mucho de oportunidad política); objetivos, pues, que deben estar presentes tanto en la conciencia y obra del creador del derecho como en la de los intérpretes del mismo (pues de las posibles interpretaciones de las normas habrá que escoger aquella que mejor actualice los objetivos estatutarios, sin caer en la tentación de sustituir con este modo de hacer la actividad que corresponde al legislador que es a quien corresponde, en primera instancia, decidir cómo y con qué medios se debe configurar el ideal social del estatuyente).
- 22 De este razonamiento no puede colegirse, sin embargo, que el legislador esté habilitado para ignorar el objetivo marcado por el estatuyente ni que los tribunales puedan desconocerlos a la hora de interpretar y aplicar el derecho. Es más, frente al silencio del primero, el Estatuto debe poder acabar imponiéndose si este fue el mandato del poder estatuyente. Otra cosa será las dificultades que la actividad jurisdiccional tenga para suplantar al legislador o el equilibrio que el juez tenga que hacer para no subvertir la separación de poderes. En último término, ya se ha dicho, los objetivos pueden llegar a ser parámetro de constitucionalidad de la ley si se demostrase, llegado el caso, una contradicción manifiesta entre la voluntad del legislador ordinario y el fin estatutariamente marcado.

**Artículo 11. Promoción de los valores democráticos y ciudadanos**

*Los poderes públicos de Andalucía promoverán el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena, fundamentada en los valores constitucionales y en los principios y objetivos establecidos en este Estatuto como señas de identidad propias de la Comunidad Autónoma. Con esta finalidad se adoptarán las medidas precisas para la enseñanza y el conocimiento de la Constitución y el Estatuto de Autonomía*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20907])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21058]).

**Artículo 11. Promoción de los valores democráticos y ciudadanos**

*Los poderes públicos de Andalucía promoverán el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena, fundamentada en los valores constitucionales y en los principios y objetivos establecidos en este Estatuto como señas de identidad propias de la Comunidad Autónoma. Con esta finalidad se adoptarán las medidas precisas para la enseñanza y el conocimiento del Estatuto de Autonomía y de la Constitución.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23649]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23901]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24257]).

**Artículo 11. Promoción de los valores democráticos y ciudadanos**

*Los poderes públicos de Andalucía promoverán el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena, fundamentada en los valores constitucionales y en los principios y objetivos establecidos en este Estatuto como señas de identidad propias de la Comunidad Autónoma. Con esta finalidad se adoptarán las medidas precisas para la enseñanza y el conocimiento de la Constitución y el Estatuto de Autonomía.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 5]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 194]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 253]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 305]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 92]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco [art. 9.2 d)]; Cataluña (art. 4.3); Galicia (art. 4.2); Principado de Asturias [art. 9.2 e)]; Cantabria (art. 5.2); La Rioja (art. 7.2); Murcia [art. 9.2 b) y e)]; Comunidad Valenciana (art. 1.3); Aragón [arts. 15.3 y 21.1 a)]; Castilla-La Mancha (art. 4.2); Canarias [art. 5.2 a)]; Extremadura (arts. 1.4, in fine, y 7.1 y 10); Madrid (arts. 1.3 y 7.4); Castilla y León (art. 8.2).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

## E. JURISPRUDENCIA

SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 11 de febrero de 2009.

SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de mayo de 2009.

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

BENEDICTO MILLÁN, Jorge: «La construcción de la ciudadanía democrática en España (1977-2004): de la institucionalización a las prácticas», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 114 (2006), págs. 103-136.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Constitución y cultura constitucional», *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 543-552.

HÄBERLE, Peter: «La Constitución como cultura», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6 (2002), págs. 177-198.

RUIZ-HUERTA CARBONELL, Alejandro: «La enseñanza de la Constitución en España. Por una cultura constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario (2004), págs. 239-298.

SOTÉS ELIZALDE, María Ángeles: «Catecismos políticos e instrucción política y moral de los ciudadanos (Siglos XVIII y XIX) en Francia y España», *Educación XXI: Revista de la Facultad de Educación*, núm. 12 (2009), págs. 201-218.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA CONDICIÓN DE CIUDADANO ANDALUZ COMO RESULTADO DE LA VOLUNTAD ESTATUTARIA.

### A. INTRODUCCIÓN

El aumento exponencial del articulado del Estatuto de Autonomía para Andalucía ha encontrado gran parte de justificación en la necesidad de juridificar muchos de los aspectos de la realidad de la Comunidad Autónoma que quedaban fuera de su norma institucional básica. La dinámica institucional y competencial que había creado la Comunidad Autónoma de Andalucía por sí misma, en confluencia con una serie de elementos que en su continua combinación ha construido y reconstruido el Estado autonómico y los factores que en ese proceso han terminado afectando a Andalucía, continuaban fuera del Estatuto, en disposiciones legales, en construcciones jurisprudenciales o en pautas que en ocasiones no alcanzaban la categoría de reglas jurídicas. La asunción del mosaico que configuraba esa nueva realidad indefectiblemente conllevaría el incremento del número de artículos del Estatuto en proceso de reforma más allá de los setenta y cinco de la norma de 1981.<sup>1</sup>

Si la necesidad de derecho, por usar la idea del profesor P. CRUZ VILLALÓN (1999, pág. 551), era una constante que debía reflejarse en la norma estatutaria reformada y<sup>2</sup>

ello encontraba plena justificación, en cambio, la sobrecarga axiológica, *principalista* y programática que algunos de los preceptos del Estatuto soportan se presenta como una nota más censurable. Por un lado, un exceso de normas finalistas y fundamentadoras de perfiles difusos complica sobremanera la interpretación cierta de algunos de los artículos; prueba de este problema se detecta en los esfuerzos de concreción realizados en buena parte de los comentarios de esos artículos en el cuerpo de esta misma obra. Por otro lado, el dudoso encaje de este tipo de preceptos en una cantidad desproporcionada en la norma institucional básica de una Comunidad Autónoma, concebida constitucionalmente como una norma de organización y competencias; el papel declarativo lo asume en su origen la Constitución con la intención evidente de dar fundamentación principal al modelo de Estado constitucional, que a partir de ella se crea, más que los Estatutos en su naturaleza de norma más técnica y menos dogmática.

- 3 La queja sobre el aumento de los preceptos *principalistas*, *finalistas* o *declarativos* deviene en superflua en estos momentos. El acercamiento al articulado estatutario exige una comprensión crítica, que se dirija a la explicación entendida como comprensión interpretativa de sus pronunciamientos y como acción que facilite la generalización de sus contenidos.
- 4 En cierta medida, esta obra se convierte en un instrumento más para hacer efectivos los mandatos que el legislador ha integrado en el art. 11 EAAAnd. Una norma que combina mandatos *finalistas* dirigidos a los poderes públicos andaluces para que formen de manera progresiva a la ciudadanía andaluza en el contexto de una cultura democrática activa basada en los valores principios y objetivos constitucionales y estatutarios. Evidentemente, no se trata de definir un deber de convertir a los miembros del pueblo andaluz en seres «justos» y «benéficos», como proclamaba el art. 6 de la Constitución de la Monarquía de 1812, sino más bien de enlazar con la tradición de los catecismos político-constitucionales (SOTÉS ELIZALDE, M.<sup>a</sup> A., 2009, págs. 202-203), e instruir a los ciudadanos en los principios constitucionales conforme al mandato del art. 268 de ese texto constitucional iniciático<sup>1</sup>. O bien conforme a la idea que latía en la norma que algo más de un siglo después se insertó en la Constitución alemana de 1919<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> «El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reyno, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas». En uno de los párrafos del Discurso Preliminar con el que se presenta la Constitución a las Cortes, en una tendencia muy *roussoniana*, se afirma que «El Estado, no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la Nación, y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos. Así que, uno de los primeros cuidados que deben ocupar a los representantes de un pueblo grande y generoso, es la educación pública. Esta ha de ser general y uniforme, ya que generales y uniformes son la religión y las leyes de la monarquía española. Para que el carácter sea nacional, para que el espíritu público pueda dirigirse al grande objeto de formar verdaderos españoles, hombres de bien, y amantes de su patria, es preciso que no quede confiada la dirección de la enseñanza pública a manos mercenarias, a genios limitados imbuidos en ideas falsas ó principios equivocados, que tal vez establecerían una funesta lucha de opiniones o doctrinas. [...]»; con ello, las doctrinas políticas serían enseñadas «conforme a las leyes fundamentales de la monarquía sancionadas por la Constitución».

<sup>2</sup> «En todas las escuelas deberá cuidarse la educación moral, de inculcar ideas cívicas, de dar la necesaria aptitud personal y profesional, inspirándose en el espíritu de la nación alemana y de la concordia entre las naciones. [...] La educación cívica y la enseñanza profesional forman parte de las disciplinas del plan escolar. Todos los alumnos recibirán un ejemplar de la Constitución al terminar sus deberes escolares» (art. 148).



La enseñanza de las constituciones, según se ha encargado de recordar HÄBERLE <sup>5</sup> (2002, pág. 194), además de permitir el conocimiento simple de unas normas y unos principios de organización, actúa como parte del proceso de construcción del bagaje cultural de una sociedad, que en la actualidad manifiesta en sus rasgos generales una coincidencia en una serie de elementos que configuran el sustrato común del constitucionalismo europeo<sup>3</sup>.

La naturalidad con la que se han aceptado estas premisas en la actualidad en el marco de la concepción europea de la concurrencia entre los Estados miembros de la Unión Europea de principios constitucionales comunes<sup>4</sup>, ha llevado al legislador estatutario a dar un tratamiento similar a la norma institucional básica de Andalucía en lo referente a la promoción de su conocimiento entre la sociedad andaluza como un medio más para la formación de los ciudadanos. La transformación de la naturaleza normativa del Estatuto con la reforma y, a su vez, el intento de reconstruir sobre nuevos postulados la realidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en conexión con el papel que los Estatutos desempeñan como *norma constitucional complementaria* en el proceso de construcción de la Constitución territorial, justifican que una virtud *a priori* reservada al texto constitucional se traslade a las normas estatutarias. En ese sentido, el criterio ha sido el dejar de considerar al Estatuto de Andalucía una simple «Ley» para entenderlo como un instrumento de dinamización y formación de la conciencia ciudadana.

En ese contexto, y en esa dinámica de partida, debe abordarse el comentario de un artículo tan excepcional como el nuevo art. 11 EAAnd. <sup>7</sup>

## B. LA CONDICIÓN DE CIUDADANO ANDALUZ COMO RESULTADO DE LA VOLUNTAD ESTATUTARIA

La ciudadanía andaluza, como cualidad que conecta jurídica y políticamente a ciertas personas con la Comunidad Autónoma de Andalucía, se atribuye en el texto estatutario a partir de artículos como el 1, el 4, el 5, el 30 o el 104.4. No obstante, cuando el art. 11 utiliza la idea de ciudadanía lo hace en un sentido material, conectado con los conceptos de cultura democrática, de valores cívicos y de participación voluntaria en la vida política y social de Andalucía, y, por supuesto, como una variante derivada de la labor <sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> «La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos.

La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias “culturales” transmitidas. De aquí resultará que, en adelante, sea más profunda su validez (cultural)».

<sup>4</sup> En términos del Tratado de la Unión Europea: «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» (art. 2).

de educación y de acceso al conocimiento<sup>5</sup>. En este sentido, la plena efectividad se consigue cuando ambas nociones –ser ciudadano y comportarse como un ciudadano– se complementan de manera dinámica.

9 La concurrencia de esos factores hacen tan singular al precepto, y resulta llamativa su ausencia en otras normas estatutarias, incluso entre aquéllas reformadas de manera coetánea a la de Andalucía<sup>6</sup>. El deber que el art. 11 establece para los poderes públicos andaluces y el resultado que se pretende alcanzar con los medios puestos en marcha para su cumplimiento, se puede inferir en su existencia en los demás estatutos a partir de la concurrencia de diferentes elementos desperdigados en varios preceptos estatutarios. Tal deber se puede entender que forma parte de la obligación genérica de promoción de la igualdad material entre individuos y grupos recogida en artículos estatutarios similares en estructura y terminología al art. 9.2 CE<sup>7</sup>, que se integra en el reconocimiento de un ámbito propio al derecho de participación democrática y su fomento<sup>8</sup>, y la aceptación de la educación en diferentes niveles como derecho, objetivo y competencia de la Comunidad Autónoma<sup>9</sup>.

10 Por su parte, el consenso que reina entre las fuerzas políticas andaluzas en torno a la existencia y el contenido del artículo tiene como consecuencia el que apenas se altere su configuración desde la propuesta inicial<sup>10</sup>. En cierta medida, el precepto se puede considerar una continuación de otras normas estatutarias. La búsqueda del valor pluralismo político (art. 1.2 EAAAnd) se asienta en la existencia de un pueblo andaluz políticamente formado, interesado en participar en la toma de decisiones públicas, directamente o a través de representantes (arts. 23.1 CE y 30.1 EAAAnd). Desde una perspectiva objetiva, supone una pieza esencial en el marco del fomento de la calidad de

<sup>5</sup> Con la idea de ciudadanía democrática se hace referencia a «los procesos de integración de los individuos en la comunidad política, basados, por una parte, en el reconocimiento de la pertenencia a esa comunidad a través de la atribución de una serie de derechos (civiles, políticos y sociales) y obligaciones y, por otra, en el reconocimiento de su capacidad de intervención en los asuntos colectivos de esa comunidad. Igualdad de estatus, reconocida institucionalmente a través de una serie de derechos, y participación como agente activo en la esfera pública, son los dos componentes básicos e imprescindibles de la idea de ciudadanía» (BENEDICTO MILLÁN, 2006, pág. 107).

<sup>6</sup> Quizás el pronunciamiento que más se le acerca se encuentra en el inciso final del art. 44.1 EAC: «Los poderes públicos deben garantizar la calidad del sistema de enseñanza y deben impulsar una formación humana, científica y técnica del alumnado basada en los valores sociales de igualdad, solidaridad, libertad, pluralismo, responsabilidad cívica y los otros que fundamentan la convivencia democrática». No obstante, se trata de una visión parcial del tema, apegada al proceso de formación canalizado a través del sistema educativo, mientras que la norma andaluza adopta una visión general de los campos en los que se deben realizar las actuaciones formativas.

<sup>7</sup> Art. 9.2 d) EAPV; art. 4.2 EAG; art. 9.2 d) y e) EAAst; art. 5.2 EACant; art. 7.2 EAR; art. 9.2 b) y e) EARM; art. 21.1 a) EAAr; art. 4.2 EACM; art. 5.2 a) EACan; art. 7.1 EAE; art. 7.4 EAM; y art. 8.2 EACL.

<sup>8</sup> Art. 29 EAC; art. 9.2 e) EARM; art. 1.3 EAV; art. 15 EAAr; art. 7.1, *in fine* EAE; art. 15.1 EAIB; art. 1.3 EAM, y art. 11.1 EACL.

<sup>9</sup> Art. 16 EAPV; arts. 21.1, 44.1 y 131 EAC; art. 31 EAG; art. 18 EAAst; art. 28 EACant; art. 10 EAR; art. 16 EARM; art. 53 EAV; arts. 21 y 73 EAAr; art. 37 EACM; art. 32 EACan; art. 47 LORAFNA; art. 10.1.4º EAE; arts. 26 y 36 EAIB; art. 29 EAM, y arts. 13.1 y 73 EACL.

<sup>10</sup> El artículo sólo recibe una enmienda de naturaleza técnica por la que se altera el orden, pasando a ser nombrada antes «la Constitución» que «el Estatuto de Autonomía» (enmienda núm. 588 del Grupo Parlamentario Popular, en *BOPA*, 409, de 31 de marzo de 2006, pág. 23179), que se aceptó sin problemas por la Ponencia de la Comisión de Desarrollo Estatutario del Parlamento de Andalucía (*BOPA*, 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23649).

la democracia, que el art. 10.1 EAAnd establece como un objetivo prioritario a los poderes públicos, autorizándolos, si fuese preciso, a usar *medidas de acción positiva* que faciliten la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social; una opción que queda más definida que el pronunciamiento genérico de la retórica cláusula de Estado social del párrafo 1.º del mismo artículo<sup>11</sup> y que se completa con otros mandatos, como los objetivos concretos de los apartados 2.º, 3.º, 10.º, 12.º, 18.º, 19.º, 21.º y 24.º del párrafo 3.º del propio art. 10. Por último, se conectan con todas las normas que guardan relación con el derecho a la educación [arts. 21, 36.1 g), y 37.1.2.º EAAnd], las competencias sobre enseñanza de la Comunidad Autónoma (arts. 52 y 53 EAAnd) y el acceso a la información en el marco de la denominada «sociedad del conocimiento» (arts. 10.3.12.º, 34, 58.1.2.º, 207 y 215 EAAnd).

En sus términos, el precepto no presenta una especial complejidad interpretativa. En su primera parte, se concreta como un precepto que establece un deber de actuación a los poderes públicos definido por los fines que se han de alcanzar («Los poderes públicos de Andalucía promoverán el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena, fundamentada en los valores constitucionales y en los principios y objetivos establecidos en este Estatuto como señas de identidad propias de la Comunidad Autónoma»). Mientras que en el inciso final se define una parcela de actuación dirigida a extender el conocimiento de los contenidos de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, como una fórmula que de manera específica colabora en la construcción de la conciencia ciudadana y democrática de los destinatarios de las políticas de los poderes públicos andaluces («con esta finalidad se adoptarán las medidas precisas para la enseñanza y el conocimiento de la Constitución y el Estatuto de Autonomía»). Quizás convenga sólo despejar algunas dudas sobre el alcance de ciertos términos usados por el legislador. 11

En primer lugar, la referencia a *los poderes públicos de Andalucía* debe entenderse en sentido amplio. El objetivo es general y se manifiesta en un deber de acción positiva que no queda reducido a los órganos de la Junta de Andalucía y sus titulares, sino que está vinculado a todos los poderes que actúen en Andalucía. No se trata en términos jurídicos de un deber específico, sino de un deber transversal por el que todos los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones se encuentran obligados a promover la conciencia ciudadana y democrática de los andaluces. 12

En segundo lugar, la labor de los poderes públicos se limita a la *promoción*, no a la *imposición* de pautas de comportamiento a los ciudadanos. El principio de neutralidad ideológica de los poderes públicos, que se deriva de la libertad constitucional del art. 16 y del respeto del valor pluralismo político (arts. 1.1 CE y 1.2 EAAnd), se garantiza en la medida en que la acción de los mismos en este campo se encuentre circunscrita a los valores, principios y objetivos fijados por la Constitución y el Estatuto de Autonomía. A este respecto, la mecánica de la actuación de los poderes se define en el marco de la educación por el párrafo 2.º del art. 27 CE: «La educación tendrá por objeto el pleno 13

<sup>11</sup> «La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias».

desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». La transmisión de los principios cívicos y de las bases de la cultura democrática no se puede convertir en una medida de adoctrinamiento, y en este sentido, la acción de los poderes públicos termina con los postulados axiológicos de la Constitución y los Estatutos. Ahora bien, en ese marco limitado, y dependiendo de la posición social y jurídica en la que se encuentren los destinatarios de las acciones de los poderes públicos en el cumplimiento del deber del art. 11, aquéllos sólo podrán rechazar las medidas de transmisión o de formación si demuestran claramente que superan el ideal democrático constitucional o estatutario. La conciencia cívica y democrática, como conjunto de valores y principios comunes o transversales derivados de la Constitución y el Estatuto –«plena», según la calificación estatutaria– incumbe a todos los ciudadanos andaluces, en la medida en que les permite ser y actuar libremente como tales en la vida social y política de Andalucía.

- 14 En tercer lugar, la decisión del legislador estatutario de que la enseñanza y el conocimiento de la Constitución y el Estatuto de Autonomía se conviertan en un resultado por sí mismo y en un medio para mejorar la conciencia cívica y democrática de los andaluces, obliga a los poderes públicos a tomar medidas para este fin, aisladamente o en concurrencia con la satisfacción de otros objetivos que mejoren la cultura democrática de los ciudadanos. A este respecto, no se pueden considerar sinónimas las expresiones «enseñar» y «dar a conocer», sino que muestran dos vías a través de las que los poderes públicos deben encauzar de manera continuada las medidas para transmitir los contenidos y el significado de ambos textos fundamentales, es decir, para, como mantiene la doctrina constitucional norteamericana, permitir la aprehensión de la Constitución que existe tras la Constitución. La multiplicidad de mecanismos que se pueden utilizar en esta tarea resulta muy variada. Junto a mecanismos singulares de divulgación auspiciados por los poderes públicos, se deben disponer acciones permanentes en el ejercicio de las competencias estatutarias relacionadas con la educación, dentro de las normas básicas y de definición curricular de las enseñanzas fijadas por el Estado<sup>12</sup>.

- 15 Por lo demás, en el proceso de crear una avanzada cultura democrática la eficacia de las acciones concretas dirigidas al cumplimiento de los objetivos fijados en el art. 11 se encontrará siempre condicionada a que ciertos comportamientos de los poderes públicos de Andalucía, órganos y titulares, no socaven los valores constitucionales y estatutarios que se intentan transmitir y produzcan entre los ciudadanos desafección hacia las normas fundamentales y lleven a una percepción falsa de la inutilidad de la participación política y social.

---

<sup>12</sup> Sobre las dificultades de la transmisión de la Constitución y el ideal constitucional, RUIZ-HUERTA CARBONELL, A. (2004, pág. 244 y ss).

# TÍTULO I

DERECHOS SOCIALES, DEBERES  
Y POLÍTICAS PÚBLICAS



## TÍTULO I. DERECHOS SOCIALES, DEBERES Y POLÍTICAS PÚBLICAS

### PRESENTACIÓN

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

#### I. LA «CARTA» DEL ESTATUTO. ENTRE EL AUJE Y LA CRISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los numerosos comentaristas del Estatuto de Andalucía de 2007 (EAAnd) y de sus textos antecedentes prácticamente han coincidido en estimar que su rasgo más sobresaliente es la incorporación de esta Carta de «Derechos Sociales, Deberes y Políticas públicas», objeto de su Título I. Aunque el Estatuto no hace la menor mención en su Preámbulo de las razones que movieran al estatuyente andaluz a incluir la tabla en cuestión, bien se sabe que los motivos existen, que son de diverso tipo y que pueden ser inventariados. Por lo demás, la opción del Estatuto andaluz se inscribe en la corriente de los nuevos Estatutos coetáneos que, con mayor o menor acierto, también han incorporado una «Parte dogmática», dando así un salto cualitativo importante respecto de los Estatutos originarios.

La comprensión cabal de este fenómeno exige no fijarse tan sólo en los argumentos que ha puesto en liza la corriente de opinión contraria a estas «Cartas», por ejemplo, el mimetismo respecto a otros Estatutos, señaladamente el de Cataluña, el afán de emular la estructura de la Constitución, la propaganda política, etc. Ciertamente, aparte de esto es preciso no perder de vista dos poderosas razones que se encuentran en la base de este movimiento: de una parte, el auge alcanzado por los derechos sociales, tanto en el plano teórico como real, precisamente en los tiempos previos a la aparición de los nuevos Estatutos; de otro lado –el reverso del mismo fenómeno–, la abundante legislación sobre la materia que la Junta de Andalucía había alumbrado en los últimos años, un antecedente que coadyuvaba en gran medida a la decisión de plasmar en el nuevo Estatuto una tabla de derechos, como muestra quintaesenciada de ese entramado jurídico preexistente. Abundemos en estos dos factores, aun con toda concisión.

En cuanto a lo primero, es conveniente situarse en perspectiva histórica –es obligado partir de la Constitución de Weimar, 1918– y contemplar la evolución de los derechos sociales como un largo devenir plagado de altibajos, momentos de auge y etapas de depresión que sin embargo no han impedido, visto el proceso en su conjunto, un desarrollo creciente tanto en el número de derechos concernidos, como en la paulatina consolidación de muchos de ellos como genuinos derechos jurídicamente exigibles. Pues bien, puede afirmarse que los treinta años que preceden al Estatuto de Andalucía de 2007 definen una etapa muy próspera para los derechos sociales en España. Muchos factores favorables contribuyeron –lamentablemente hay que referirse a un tiempo que se fue– a su continua escalada hasta culminar plasmándose en el Estatuto y en sus homólogos de la nueva hornada; la Constitución, el crecimiento económico, la modernización de la sociedad, la descentralización política, la inmigración..., todos fueron factores generadores de un estado de confianza e incluso de euforia de los poderes públicos sobre la posibilidad de reconocer derechos y prestaciones de todo tipo al más alto nivel de garantías y seguridad; era sin duda la

ocasión propicia para proclamarlo en los Estatutos, inyectándoles así renombre y fortaleza y enterrando su triste fama de ser derechos ficticios o claudicantes. En suma, un fenómeno propio de los tiempos boyantes, éstos que desgraciadamente desaparecieron allá por el verano de 2007, muy pocos meses después de la aprobación del Estatuto. Nunca deberá olvidarse la circunstancia descrita a la hora de hacer cualquier juicio sobre esta su parte dogmática.

La segunda razón se sustenta en la preexistencia misma de un cuerpo legal muy sólido en materia de derechos sociales. En términos generales puede afirmarse que antes del año 2007 los parlamentos autonómicos en su conjunto habían producido más de trescientas leyes de carácter social, tejiendo con ellas una tupida red de prestaciones, muchísimas investidas como derechos subjetivos; por cierto, un tipo de derecho subjetivo pleno por lo general, no debilitado por reservas de revocación ni condicionantes de tipo presupuestario; un tratamiento, en suma, cuya creación hubiera sido quimérica en una época tan ruinosa como la actual, pero que era moneda corriente no hace más de un lustro. Y esos generosos reconocimientos de derechos que fueron haciendo las leyes autonómicas no sólo tuvieron por objeto derechos de coste económico bajo o nulo, sino que también se han producido en los sectores estrella de la acción social, tales como la educación, la salud, las pensiones o la protección de los mayores.

Los «Principios rectores de la política social y económica» del Capítulo Tercero, Título I de la Constitución, han operado como rampas de lanzamiento de esas políticas sociales. En algunos casos las leyes autonómicas los han mantenido como principios, con las características que éstos tienen en el art. 53.3 CE; y en otros casos los han transformado en derechos subjetivos ordinarios, llevándolos así al punto final u óptimo de su posible trayecto jurídico. Pero también los derechos fundamentales y las libertades públicas de la CE han sido fuente inspiradora de muy numerosas leyes sociales autonómicas. Estas leyes han ido realizando una encomiable tarea de acarreo y especificación de derechos constitucionales, extrayendo de ellos sus potencialidades, enriqueciéndolos y sacándolos a la luz. La resultante de todo ello es una enorme estructura compuesta por acciones públicas de toda índole (organizaciones, auxilios, instalaciones, residencias, pensiones) donde relucen, lógicamente, los beneficios consagrados como derechos públicos subjetivos.

La labor del legislador andaluz realizada en los años anteriores al Estatuto de 2007 no ha desmerecido del contexto general descrito; una veintena de leyes del Parlamento andaluz avalan su atención a la materia social (educación, salud, vivienda, asistencia social, drogodependencias, empleo, mayores, protección de menores, minusválidos, parejas de hecho, voluntad anticipada, voluntariado, etc.). Es evidente que esa ejecutoria ha dado un respaldo legitimador muy importante a la inclusión de la tabla de derechos y principios contenida en el nuevo Estatuto de Autonomía, aunque esto no permita ignorar que lo que ocurre en el plano de las leyes no es extrapolable sin más a la norma estatutaria.

Esta generación ha tenido la ocasión de contemplar y sufrir en sus propias carnes uno de los golpes más duros habidos en la evolución de los derechos sociales, sobre todo por la espectacularidad de la caída. La crisis económica que ha zarandeado el mundo occidental, y a España con singular dureza, ha hecho que el sistema se haya



precipitado súbitamente desde la máxima altura que haya tenido nunca (altura de la que el Estatuto de Andalucía deja un testimonio histórico absolutamente expresivo) a una depresión muy honda, con la consiguiente imposibilidad de hacer efectivos a plenitud los derechos y promesas que han sido proclamados por las leyes. Por si ello fuera poco, también en el plano jurídico hemos asistido a un desplome de los derechos declarados en el Estatuto, esto por obra de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en sus Sentencias 247/2007 de 12 diciembre y 31/2010 de 28 junio, recaídas en los recursos contra los Estatutos valenciano y catalán, respectivamente. Según esa doctrina los derechos que proclaman los Estatutos no son auténticos derechos, interpretación que en buena medida viene a privar de sentido la existencia misma de estas Cartas que aparecen así como colgadas entre dos épocas, la del auge y de la crisis de los derechos sociales; atrapadas entre el optimismo que destilan sus palabras y la oscuridad de lo que ha venido después.

Los dos sucesos reseñados son claramente negativos para los derechos sociales, tanto en lo económico o material como en su consideración dogmática, siendo difícil apostar por cuál sea más grave de los dos. Pero puestos a ser prácticos hay que convenir en que el segundo de ellos, o sea, el despojo de su valor jurídico como derechos, tiene al menos el efecto positivo –no buscado de propósito por dichas sentencias, desde luego– de vaciar la fuerza de las proclamaciones estatutarias de derechos, contribuyendo así a que los preceptos que los consagran no resulten ahora ridículamente huecos, esto es, desmentidos por una realidad económica tan distinta a aquélla bajo la que nacieron y que los condenaría a ser letra muerta. Esos preceptos podrán seguir subsistiendo en calidad de principios o mandatos al legislador, de cumplimiento incierto en el tiempo, pero desde luego serían insoportables si fueran lo que dicen que son –derechos subjetivos auténticos– sin poder ser cumplidos en la práctica. Esto exige ahondar algo más en el tema del valor jurídico de las distintas declaraciones y garantías que se contemplan en el Título I, pero antes de ello examinemos la estructura de éste y sus contenidos.

## II. ESTRUCTURA Y CONTENIDOS DEL TÍTULO I

Aunque la inclusión de tablas de derechos y principios es cosa propia de los nuevos Estatutos, como el de Andalucía, no faltaron en los Estatutos originarios declaraciones y proclamas de diverso tipo, difíciles de catalogar e incluso de calificar como genuinas normas jurídicas, ello salvo algún supuesto episódico. El ejemplo más significativo lo ofrecía precisamente el Estatuto de Andalucía de 1981, en cuyo Título Preliminar su art. 12 contenía una larga lista de «objetivos básicos», algo así como una suerte de «principios rectores», opción que por cierto repite el vigente Estatuto de 2007 (art. 10), ahora con escasa justificación y acierto dada la existencia en el propio Estatuto de la completísima tabla de derechos y principios a la que nos estamos refiriendo, donde se reiteran no pocos de los pronunciamientos de este último artículo. Es más, cabe decir que esas «normas programáticas» tan variopintas, lejos de aportar ventajas, han contribuido a consolidar el descrédito jurídico de este tipo de proclamas, lo que a la postre ha creado un contexto deslucido que ha facilitado la operación de, como ha dicho CÁMARA VILLAR, «no tomarse en serio» los derechos sociales de los nuevos Estatutos. Pese a ello, hay que apresurarse a decir que el enfoque dado por estos nuevos Estatutos

a los derechos y principios nada tiene que ver con aquellas *normas programáticas* de antaño, aunque esa reciente doctrina del TC prácticamente las haya equiparado.

El Título I del Estatuto vigente ofrece una excelente estructura; no se trata de una mera relación de preceptos sino de un *sistema* conscientemente organizado, compuesto por cuatro capítulos donde las materias quedan categorizadas según su naturaleza y alcance jurídico (Disposiciones generales; Derechos y deberes; Principios rectores de las políticas públicas; Garantías). Una estructura que viene a ser trasunto de la del propio Título I de la Constitución, claro es, salvando las distancias sobre todo en lo que concierne a los derechos fundamentales, ya que éstos son monopolio de la Carta Magna, aunque con los matices que más abajo diremos. Pero al igual que en la Constitución, todo se organiza prácticamente sobre la distinción entre derechos subjetivos y principios rectores. Cabe precisar al respecto que las tablas de los Estatutos de la última etapa suman en conjunto varios centenares de enunciados de los que más de la mitad se formulan como derechos subjetivos; y también en el Estatuto de Andalucía tienen los derechos más peso específico. En efecto, se formulan como derechos enunciados que entroncan con derechos fundamentales de la Constitución; así, los relativos al principio de igualdad (art. 14 CE): igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación por razón de orientación sexual; al derecho a la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE): prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, voluntad anticipada y muerte digna. Asimismo, un extenso abanico de derechos del Estatuto conecta con el derecho a participar en funciones y cargos públicos (art. 23 CE); y lo mismo puede decirse del derecho a la educación y libertad de enseñanza (art. 27 CE). También se consagran como derechos lo que en la Constitución no son más que principios rectores: protección de la familia; derechos de las parejas estables; protección del menor; un ramillete de derechos conectados al principio de promoción y protección del trabajador (art. 40 CE); otros a la asistencia social (art. 41 CE); y otro extenso abanico a la protección de la salud (art. 43 CE). Otra serie de derechos se vinculan con el medio ambiente (art. 45 CE); vivienda (art. 47), así como a la protección de minusválidos (art. 49 CE), tercera edad (art. 50), consumidores y usuarios (art. 51).

Más que glosar los contenidos concretos de estos preceptos estatutarios –lo que, por demás, resulta innecesario a la vista de los excelentes comentarios a cada uno de ellos que suceden a estas breves páginas–, lo que interesa resaltar aquí es la clara voluntad del Estatuto de separar los derechos de los principios y marcar las diferencias entre ambas categorías. La distinción ya es patente en el rótulo mismo del Título I, que habla de «Derechos sociales» y «Políticas públicas», y es igualmente nítida en el primero de los preceptos de la serie (art. 12), dedicado a los «Titulares», distinguiendo entre «titulares de derechos» y «destinatarios de políticas públicas», lo que resulta bien elocuente. Y en plena concordancia con lo anterior todo el Capítulo IV, referido a las garantías, remarca el diferente tratamiento que ha de dispensarse a los derechos y a los principios.

En efecto, los derechos reconocidos en el Capítulo II «vinculan a todos los poderes públicos andaluces» (art. 38); los actos que los vulneren «podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente» (art. 39); en suma, *vinculatoriedad* y *exigibilidad*, que son los rasgos esenciales de los derechos *proprio sensu*. Contrariamente y conforme a su naturaleza, «el reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y

reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos...» (art. 40), definición que es un puro calco de lo dispuesto en el art. 53.3 CE. Por tanto, rige para ellos la consabida fórmula: *sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*. En síntesis, puede afirmarse que el estatuyente andaluz ha querido proclamar, junto a los principios, auténticos derechos subjetivos accionables por los ciudadanos, aunque no parangonables, desde luego, con los derechos constitucionales; y que ha perfilado bien la figura de los principios rectores, dándoles una cobertura técnica que los pone a salvo de ser confundidos con las normas meramente programáticas, tan desacreditadas como queda dicho.

En conclusión, hay que resaltar que el Estatuto andaluz vigente expresa con claridad meridiana cuándo la voluntad de la norma es la de establecer derechos y cuándo proclama principios o mandatos al legislador autonómico. Esto puede afirmarse con toda rotundidad, aunque para ser exactos sólo cabría añadir el matiz de que existen en ambas tablas –tanto en la de derechos como en la de principios– hasta una decena de *duplicaciones*, es decir, que figuran derechos que también aparecen como principios rectores. Aunque pueda decirse que ello se explica por el afán del legislador estatutario de subrayar la especial importancia de algunas materias, ello no quita para afirmar que esas duplicaciones no resultan necesarias ni contribuyen precisamente a depurar las categorías jurídicas, sino más bien a enturbiarlas. También hay que señalar que en algún caso aparece en el Capítulo de los derechos lo que no es sino un principio rector (así, art. 21.8 y 9, referido a la educación), o que en un mismo precepto la proclamación del derecho aparece como envuelta en un principio rector, tal como ocurre con el derecho a la vivienda (art. 25). Pero advertidas estas redundancias o «disfunciones», hay que insistir en que la distinción entre derechos y principios resulta palmaria y que el estatuyente sabía perfectamente lo que hacía y lo que quería. Otra cosa es lo que ha resuelto el TC.

Es importante poner a prueba la validez de la anterior afirmación precisamente en relación con los *derechos*, puesto que éstos, y no los principios, son los que han estado en el punto de mira de las sentencias constitucionales sobre los Estatutos valenciano y catalán. Pues bien, hay que señalar que en el Estatuto andaluz está explicitada la idea, tan correcta como oportuna, de que hay algunos derechos de los proclamados en el Capítulo II que para ser realmente efectivos precisan de complementos normativos indispensables. Por ello la previsión del art. 38 EAA and se ajusta perfectamente a esta especie de derechos subjetivos *in fieri*: «El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios, vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos». El reconocimiento de esta realidad de que existen derechos estatutarios que no pueden ser operativos con el solo enunciado de lo que dice el Estatuto viene a mostrarse en algunos de los enunciados concretos que se proclaman en el Capítulo II, a los que se añade la regla de estilo obligada: «La ley establecerá los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos» (así, respecto de la asistencia y prestaciones en situaciones de necesidad, renta básica de subsistencia, derecho a la salud y su contexto, derecho de acceso a la información medioambiental, protección de minusválidos...).

Con las reglas que acaban de citarse, el Estatuto hace gala en este punto de un rigor técnico loable, pues explican perfectamente el hecho de que no todos los derechos son iguales ni tienen la misma estructura, ni las normas que los enuncian el mismo grado de perfección; unos pueden ser eficaces desde su proclamación misma mientras que otros precisan de elementos añadidos no contenidos en la proposición normativa. El Estatuto de Andalucía ofrece no pocos ejemplos de unos y de otros, esto es, desde el derecho o garantía de la «gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos» (art. 21.5) al derecho a declarar la voluntad vital anticipada «en los términos que establezca la ley», sin que ofrezca la menor duda de que en ambos casos se están declarando derechos si bien difieren en cuanto a la complejidad de sus elementos normativos. Podría decirse que en el Estatuto se halla en todo caso el *contenido esencial* de cada derecho, siendo ello suficiente en unos casos para que el derecho pueda desplegar su eficacia mientras que en otros resulta insuficiente sin los complementos necesarios. Por ello, con todo acierto, cuando el art. 38 se refiere a las leyes de desarrollo de los derechos reconocidos en el Estatuto dice que éstas «respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto», lo que expresa claramente la idea de que a veces la configuración de un derecho no es fruto de un acto único sino de una operación compleja constituida por normas sucesivas en el tiempo e incluso de distinto rango. Parece que es conforme a razón afirmar que el Derecho subjetivo existe si el Estatuto lo consagra como tal, sin perjuicio de que su efectividad inmediata pueda ser distinta, según cada caso. Pero como ya hemos avanzado, el TC ha negado de forma absoluta que los derechos estatutarios sean verdaderos derechos; ninguno lo son, según el Tribunal, ni siquiera aquéllos que pueden ser inmediatamente operativos por no necesitar de normativa complementaria sustancial; tesis tan tremenda como débilmente argumentada y que por ello ha quedado a la intemperie, expuesta a toda crítica.

### III. SÍ, ES CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE UNA CARTA ESTATUTARIA... PERO SIN VERDADEROS DERECHOS

A estas alturas no cabe replantear aquí la conocida controversia sobre si pueden o no pueden los Estatutos incluir estas Cartas de derechos. Como es sabido, un sector doctrinal y algunos magistrados disidentes de las sentencias sobre los Estatutos de la Comunidad Valenciana y de Cataluña ha denunciado con ardor cómo la inclusión de derechos en los Estatutos puede llevar consigo la petrificación y sustracción al juego democrático de estas decisiones, así como la desigualdad territorial que éstos puedan crear, pese a tratarse de leyes orgánicas del Estado. Esta gran polémica ha sido resuelta por el TC afirmativamente, primero en la STC 247/2007, bajo las siguientes condiciones: a) que la Comunidad Autónoma cuente con competencias suficientes sobre lo que es objeto de dichas Cartas; b) que no afecten a derechos fundamentales; c) que los derechos contenidos en dichas tablas respeten el principio de igualdad *ex art. 139.1 CE*, según el cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado»; una igualdad, por cierto, no en sentido interterritorial, sino intraterritorial, interpretación ésta que convierte prácticamente al art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE en la única palanca unificadora en manos del Estado, por lo que no parece que sea conveniente inmovilizarla demasiado como pretende alguna doctrina.

Por su parte, la STC 31/2010 ha tratado de situarse en el punto intermedio de dicha polémica, quizás tratando de conciliar a los sectores antagónicos, aunque posiblemente haya contrariado a los dos, como suele ocurrir en estos casos. El TC opta por sentar la regla general de que se puedan incluir en los Estatutos contenidos distintos a los enumerados en el art. 147.2 CE pero que esta regla es susceptible de ser excepcionada si algún precepto concreto opera sobre algún punto una petrificación inconveniente desde el punto de vista democrático, o dicho con palabras del propio TC, que pueda «no compadecerse con un efectivo derecho a la participación política»; o que afecte a «la definición de las categorías y conceptos constitucionales, entre ellos la definición de la competencia de la competencia» (STC 31/2010, FJ 6). Bien puede comprenderse que este recurso de remitir la respuesta al problema a lo que resulte del control específico de cada precepto en concreto representa precisamente la huida a sentar un criterio general sobre tan debatida cuestión.

Con dichos mimbres queda, pues, resuelto el debate, optando el TC por la postura favorable a la inclusión en los Estatutos de contenidos no nominados en el art. 147.2 CE. *Prima facie* podría decirse que la doctrina del TC opta por la postura abierta, flexible, alineada con la idea de que el Estatuto es ante todo la norma institucional básica (art. 147.1. CE) y, por tanto, «la que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma», materializando, en suma, el llamado «principio dispositivo». Pero en verdad sería una ingenuidad mayúscula ver en esto una actitud abierta a los contenidos estatutarios si se tiene en cuenta que al propio tiempo el TC hace dos cosas: a) degradar todos los derechos estatutarios a la condición de normas programáticas; b) vetar la posibilidad de que los Estatutos incidan en derechos fundamentales.

Rebajado de tal modo el alcance jurídico de las declaraciones estatutarias, ocioso es decir que la citada postura del TC, nominalmente abierta, queda en verdad desinflada, carente de fuerza y de carácter. Así es; ahora los protagonistas no son los derechos, puesto que ya no existen por haber sido transformados; los auténticos y únicos actores pasan a ser los principios rectores y mandatos al legislador. Éstos adquieren así un papel central al monopolizar prácticamente el contenido dogmático de los Estatutos, lo cual minimiza considerablemente el riesgo, tan temido por el sector crítico de las Cartas estatutarias, de la petrificación de las soluciones o de que se atente a la igualdad, pues bien se sabe que esos principios rectores tienen una fuerza relativa, aunque bien es cierto que se erigen en parámetros de validez de las leyes autonómicas futuras, de tal modo que el TC tendrá que hacerse cargo de los recursos que se planteen contra las leyes no sólo inconstitucionales sino antiestatutarias (STC 247/2007, FJ 15), es decir, que no estén en línea con la dirección marcada por esas directrices.

#### IV. LA TESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: NO HAY DERECHOS SUBJETIVOS SIN *INTERPOSITIO LEGISLATORIS*

Hablar de los enunciados estatutarios que proclaman derechos subjetivos supone entrar de lleno en la tesis central de las sentencias constitucionales sobre los Estatutos valenciano y catalán, con su enorme impacto indirecto sobre el Estatuto andaluz. En pocas palabras, esa tesis es la siguiente: a) los Estatutos no pueden establecer derechos subjetivos, sino directrices, objetivos o mandatos; b) el derecho subjetivo nace no en

virtud de la norma estatutaria sino cuando se completa su régimen jurídico y es por ello justiciable (STC 247/2007). Por tanto, ello supone elevar a dogma que es imprescindible la *interpositio legislatoris* para la creación de un derecho. Ante conclusión tan flaca de argumentos la posterior STC 31/2010 trata de añadir alguna fundamentación, viniendo a concluir lo mismo, o sea que, al cabo, todos son mandatos dirigidos al legislador y que el derecho subjetivo sólo nacerá en su caso de las normas dictadas para cumplir esos mandatos (FJ 16).

Ya hemos anticipado nuestra postura contraria a esta tesis y no es cuestión de seguir forcejeando aquí sobre ello. Pero sí cabe decir que esa tesis del TC está al servicio de unos fines situados más allá de la mera elucubración teórica sobre la estructura de los derechos subjetivos. Ciertamente, con esta degradación de los derechos es evidente que el Tribunal consigue: a) desactivar la eficacia directa de los preceptos evitando así posibles declaraciones de inconstitucionalidad; b) disminuir el riesgo de confrontación de la Ley orgánica aprobatoria del Estatuto con las propias competencias del Estado; c) enervar el argumento de las posibles desigualdades interterritoriales (art. 139.1) y la creación de privilegios (art. 138.2) y con ello la acusación al Estado de generar estas diferencias; d) desactivar en gran medida el argumento de la petrificación que producen los derechos cuando se insertan en los Estatutos; e) especialmente, privar de valor directo a todo enunciado referido a derechos fundamentales, evitando así la consolidación de los que no se ajusten exactamente a la Constitución.

No es desdeñable la importancia de tales objetivos, pero hay que ser conscientes de que su captura es a costa de un alto precio: se doblega la voluntad de la ley al hacerle decir lo que ésta no ha querido decir, ni dice. Ello amén de otros «daños colaterales»: a) quita eficacia directa a aquellos derechos perfectos que no necesitarían de norma complementaria alguna; b) priva de exigibilidad a numerosos derechos sociales que no supondrían coste económico alguno; c) libera a un universo de sujetos privados de sus obligaciones para con titulares de derechos subjetivos (derechos sociales sustentados por terceros, no por la Administración).

## V. LAS CONEXIONES DEL TÍTULO I DEL ESTATUTO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Título I del Estatuto es una fuente de temas importantes. De entre ellos sobresalen dos: su incidencia en el postulado de la igualdad y su conexión con los derechos fundamentales de la Constitución. De la importancia de esta última cuestión hablan por sí solas las cifras; casi la mitad de los derechos subjetivos que se incluyen en los nuevos Estatutos (calculamos que son más de doscientos) tienen que ver con derechos fundamentales; y la cuarta parte de los principios rectores estatutarios también conectan con el Capítulo II del Título I CE.

Hay que sentar una premisa categórica: los Estatutos no pueden contrariar derechos fundamentales ni crear otros nuevos, ni desarrollarlos (aunque sí lo pueden hacer en sus aspectos no esenciales las leyes autonómicas si cuentan con competencia para ello *ratione materiae*). Según dijo el TC en su Sentencia 247/2007, lo más que podrán hacer los Estatutos será *reproducirlos*, pues «si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción... tales previsiones tendrán la eficacia de simples

mandatos dirigidos al legislador ordinario». Idéntico principio sostiene la STC 34/2010 al decir que «la intervención del Estatuto sólo sería admisible si fuera reiterativa; esto es, si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución» (FJ 17.º).

El problema que tal doctrina plantea, por muy redonda que ésta pueda aparecer en términos teóricos, es que choca en gran parte con la realidad, porque es un hecho que los Estatutos, al igual que las leyes autonómicas, no se dedican a calcar las fórmulas de la Constitución —ello sería bastante absurdo—, sino que introducen variantes, modalidades, versiones; en suma, *especificaciones*, bajo fórmulas gramaticales que a veces difieren notablemente de la letra de los preceptos de la Constitución. Nótese que no nos referimos a las simples alusiones que los Estatutos hacen a los derechos constitucionales en calidad de referencias necesarias para dar sentido a un determinado ámbito competencial asumido, sino enunciados abstractos de valores y principios que en mayor o menor medida tratan de aclarar o *especificar* derechos constitucionales con los que guardan estrecha relación. Éstas que llamamos *especificaciones* (distintas de las *alusiones* antes referidas y de las *regulaciones* de desarrollo de aspectos no esenciales del derecho fundamental) las hay a cientos en la legislación ordinaria autonómica; y la tesis de dichas sentencias es que no son legítimas si figuran en los Estatutos. Un ejemplo expresivo lo brinda el art. 14 del EAAAnd, donde la igualdad se proclama respecto del «sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra circunstancia personal o social», precepto que a todas luces no es repetición del homólogo art. 14 CE; y podrían citarse múltiples ejemplos en el propio Estatuto de Andalucía 2007 y en otros de su misma hornada.

Según la mentada doctrina constitucional, preceptos como el referido, que no se limitan a copiar lo que dice la Constitución, conllevan su descalificación como derechos subjetivos y su conversión en principios rectores o mandatos al legislador. Por tanto, esas especificaciones de derechos fundamentales —realizadas de ordinario por los legisladores autonómicos sin problema alguno— no son legítimas como derechos si figuran en los Estatutos. Qué pretende el TC con tal doctrina lo sabemos perfectamente, pero ¿es esto lógico? Parece que no, si convenimos en que la verdadera especificación no crea en realidad un tipo de derecho nuevo, sino que opera siempre dentro del derecho fundamental de que se trate, tiene naturaleza puramente declarativa y por tanto no ataca la fórmula constitucional, convive perfectamente con ella. Dicho en otras palabras, hasta qué punto es razonable considerar ilegítima la especificación de un derecho fundamental, si ésta no lo reduce ni lo amplía, ni lo distorsiona o desfigura, sino que se limita a declarar o descubrir sus perfiles implícitos y por tanto ocultos. ¿Es ilegítima sólo porque no repite *al pie de la letra* lo que dice la Constitución? No parece razonable esta descalificación indiscriminada; sin embargo, es lo que sostiene el TC como doctrina general, sin duda con el fin de abortar de raíz las posibles extralimitaciones contenidas en los Estatutos mediante el recurso de rebajar el valor de todo lo que no sea una repetición de la Constitución clara y manifiesta.

Pero la pregunta clave es si el TC, cuando tiene que enjuiciar supuestos concretos de preceptos estatutarios que se refieren a derechos fundamentales, se emplea con esa rigidez extrema —que le sirve para desvitalizarlos *in genere* de entrada haciéndolos inocuos— o si adopta una postura menos agria. El Estatuto de Cataluña y la

STC 31/2010 ofrecen un excelente banco de pruebas sobre esta cuestión, obligadamente extrapolable a algunos preceptos del Estatuto andaluz.

Una primera y gran muestra –por su proximidad con el art. 14 EAA and antes comentado– la ofrece el art. 15 del Estatuto catalán, que proclama el derecho de todas las personas «a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal». Bien se ve que el precepto se aparta notablemente de la letra de la Constitución; pero el TC no aplica ya en este nivel de enjuiciamiento concreto su drástica doctrina general al respecto, sino que busca un argumento paliativo para no condenar el precepto: no cabe descalificar –dice– lo que hace el Estatuto porque «no ha creado derechos fundamentales distintos de los proclamados en la Constitución o en contradicción con ellos», añadiendo que es determinante para sentar esta conclusión –obsérvese el argumento– el tenor del art. 37.4 del Estatuto de Cataluña, que es el que contiene, al igual que su gemelo del Estatuto de Andalucía (art. 13), la cláusula genérica de salvaguarda de los derechos o principios reconocidos en la Constitución. Además de ello el TC dirá que el referido art. 15.2 es «el mero enunciado redundante de las palabras del art. 10.1. CE y de las proclamaciones internacionales de derechos más principales» (FJ 18.º), una apreciación ésta ciertamente exagerada con la que se trata generosamente de salvar la legitimidad del precepto.

En suma, lejos de aplicar el TC su tesis maximalista –la que proclama como válida a efectos generales y le sirve para rebajar la validez de todo lo que no sea mera repetición– se va a las antípodas, esto es, convierte la referida cláusula de salvaguarda en una especie de medicina que sanaría al Estatuto de cualquier extralimitación que contuviera. En este caso el TC no ve vicio alguno en esa fórmula sobre la igualdad sino más bien virtud, llegando a decir que en el precepto en cuestión «no hay... declaración alguna de derechos subjetivos y sí, únicamente, la expresión formal de la voluntad de comunión del Estatuto con el fundamento declarado del orden de convivencia ordenado desde la Constitución».

Otro tanto ocurre con el «derecho al testamento vital, a recibir un adecuado tratamiento del dolor y a vivir con dignidad el proceso de la muerte» que proclama el art. 20.1 del Estatuto catalán y en términos análogos al art. 20 del Estatuto andaluz. El TC no ve extralimitación alguna, pues «la proclamación de un derecho al tratamiento del dolor y a los cuidados paliativos se compadece con perfecta naturalidad con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) y es, incluso, una consecuencia obligada, por implícita, de la garantía de ese derecho fundamental, al que, por ello, ni contradice ni menoscaba». Por lo mismo, «vivir con dignidad el proceso de la muerte no es sino una manifestación del derecho a la vida digna». En fin, un pronunciamiento que en sí mismo resulta correcto pero que prescinde de modo flagrante de las ataduras que el propio Tribunal postula como doctrina general.

Y el mismo esquema argumental es utilizado para resolver otros supuestos; así, la proclamación del Estatuto catalán de que el modelo educativo es público, así como la laicidad en las escuelas de titularidad pública (art. 21.1), precepto semejante al art. 21 del Estatuto andaluz. El TC lo salva acudiendo al apoyo del art. 37.4 del propio Estatuto, donde se halla la cláusula general de salvaguarda de los derechos constitucionales (FJ 18.º); y análoga solución aparece en la Sentencia respecto al art.



41.5 del Estatuto catalán relativo a la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, la disposición de la mujer sobre su propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual, precepto cuya presunta colisión con el derecho a la vida *ex art. 15 CE* el Tribunal aminora arguyendo que al tratarse de un principio rector no choca por ello con la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE; mismo argumento que sirve para despachar la posible fricción con la Constitución de lo dispuesto en el Estatuto sobre los medios de comunicación social. En suma, el tratamiento del TC sobre este orden de cuestiones produce verdadera incertidumbre.

## VI. FINAL

El Estatuto andaluz no fue impugnado ante el TC en lo relativo al Título I. Las sentencias recaídas sobre los Estatutos valenciano y catalán tampoco han incidido negativamente sobre ninguno de sus preceptos concretos, pero la mayoría de ellos han quedado desvitalizados por mor de la conversión de los derechos en principios. Ésa es la gran paradoja. No han recaído declaraciones de inconstitucionalidad o de nulidad y ni siquiera el Fallo de dichas sentencias contempla «interpretaciones conformes» o cualquier otra declaración que diera cuenta de la mutación que dichas sentencias operan sobre los preceptos estatutarios que enuncian derechos; en fin, que tales derechos han sido pasaportados a una especie de «limbo jurídico» desde la simple y escueta interpretación realizada en los fundamentos de dichas sentencias; así como de pasada, sin solemnidad alguna. Nunca el Tribunal Constitucional ha producido un impacto tan grande en el ordenamiento jurídico con tan menos esfuerzo.

Ahora la doctrina tendrá que enfrascarse en el clásico tema de la relación entre los principios rectores y la legislación de desarrollo; y el TC tendrá que aprestarse a controlar no sólo las leyes autonómicas inconstitucionales, sino las que pudieran contrariar los postulados contenidos en el Título I del Estatuto, importante cuestión ésta dado el momento histórico presente, abocado a una penuria de medios que puede hacer inviable no ya el desarrollo de dichos postulados sino su cumplimiento ni siquiera a nivel mínimo. Desde el punto de vista jurídico hay que preguntarse con toda crudeza qué ha de hacerse si dichos principios o mandatos al legislador no pueden ser cumplidos en absoluto; o más aún, qué ocurrirá si las circunstancias demandan operar de modo distinto o incluso contrario a lo proclamado por el Estatuto. Creemos que algo puede afirmarse con cierta firmeza: en tanto dichos postulados sigan siendo normas vigentes el legislador ordinario no ostenta un poder discrecional absoluto para dirigir sus regulaciones en la dirección que quiera. En fin, lo apuntado conecta con el arduo tema de la *reversibilidad* de los derechos sociales, tema clásico que, tristemente, quizás los estudiosos tengan que ir desempolvando. Esperemos que la crisis no llegue tan lejos que incluso obligue a cambiar el Estatuto mismo para devolverlo a la realidad.



# CAPÍTULO I

## DISPOSICIONES GENERALES



## CAPÍTULO I

### Disposiciones generales

#### Artículo 12. Titulares

*Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30 y de acuerdo con las leyes reguladoras de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20907])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21058]).

##### *Artículo 12. Titulares*

*Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23665]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

##### *Artículo 12. Titulares*

*Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 193 [pág. 5]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 201]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 253]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 305]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 93]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 8*

1. *A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.*

2. *Como andaluces, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado.*

3. *Las comunidades andaluzas asentadas fuera de Andalucía podrán solicitar, como tales, el reconocimiento de la identidad andaluza entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo andaluz. Una Ley del Parlamento Andaluz regulará, sin perjuicio de las competencias del Estado, el alcance y contenido del reconocimiento a dichas comunidades que en ningún caso implicará la concesión de derechos políticos.*

### C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 15); Comunidad Valenciana (art. 8); Aragón (art. 11); Castilla-La Mancha; Baleares (art. 13); Castilla y León (art. 7).

### D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 7/1986, de 6 de mayo, de reconocimiento de las Comunidades andaluzas asentadas fuera del territorio andaluz. (Derogada)
- Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo.

### E. JURISPRUDENCIA

STC 25/1981, FJ 5.º  
STC 37/1987, FF.JJ. 2.º y 10.º  
STC 60/1987, FJ 2.º  
STC 173/1998, FF.JJ. 9.º y 11.º  
STC 247/2007, FF.JJ. 4.º, 5.º y 12.º-15.º  
STC 31/2010, FF.JJ. 4.º y 16.º  
STC 137/2010 FJ 5.º

### F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUADO RENEDO, César: *El Estatuto de Autonomía y su posición en el Ordenamiento Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

AGUDO ZAMORA, Miguel: «Capítulo III. Principios Rectores de las Políticas Públicas», en TEROL BECERRA, M. (Ed.): *Comentarios al Estatuto de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 117-39.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, (Ed.): *Derechos y Libertades en los Estados Compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, «Los derechos públicos estatutarios», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 13-35.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: «Alcance e interpretación de los derechos. Las cláusulas de limitación competencial y de salvaguardia del nivel constitucional e internacional de protección», en BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 53-62.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: «Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3 (2007), en línea en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), [consultado el 28/09/2010].

BAÑO LEÓN, José María: *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad en las condiciones de vida*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988.

BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé: *Derechos y deberes en el Estado Autonómico*, Cívitas, Madrid, 1991.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: «Los espejismos de la tabla de derechos», en FERRERES, V., BIGLINO, P., y CARRILLO, M.: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 39-62.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: «Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de autonomía)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79 (2007), págs. 33-46.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel: *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

—: «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1.ª CE», en VV.AA.: *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, págs. 83-112.

—: «La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7 (2008), págs. 106-144.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Titulares de los derechos y destinatarios de las políticas públicas», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Ed.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 21-52.

—: «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85 (2009), págs. 259-98.

CANOSA USERA, Raúl: «El encaje constitucional de las declaraciones estatutarias de derechos», en VERA SANTOS, J. M<sup>a</sup>, y DÍAZ REVORIO, F. J. (Eds.): *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 83-153.

CARRILLO LÓPEZ, Marc: «La declaración de derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos», en FERRERES, V., BIGLINO, P., y CARRILLO, M.: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 63-88.

—: «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80 (2007), págs. 49-73.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», en CÁMARA VILLAR, G., y CANO BUESO, J. (Eds.): *Estudios sobre el Estado Social. El Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 98-109.

—: «La reforma del Estado de las Autonomías», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 49-50 (2007), págs. 45-64.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: «El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87 (2009), págs. 109-154.



DE OTTO Y PARDO, Ignacio: *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Cívitas, Madrid, 1986.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78 (2006), págs. 63-75.

—: «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81 (2007), págs. 63-70.

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

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, y MAESTRO BUELGA, Gonzalo: *Marginalidad, Estado social y prestaciones autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999.

GARRIDO CUENCA, Nuria: «La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero», en VV.AA.: *Derechos sociales y Estatutos de autonomía, Denominaciones de origen, Nuevo Estatuto del PDI Universitario. Actas del IV Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo*, Lex Nova, Madrid, 2009, págs. 113-233.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», en *Derechos sociales y Estatutos de autonomía, Denominaciones de origen, Nuevo Estatuto del PDI Universitario. Actas del IV Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo*, Lex Nova, Madrid, 2009, págs. 13-112.

LUCAS MURILLO, Enrique: «Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 46 (1999), págs. 11-38.

LUCAS VERDÚ, Pablo: «El artículo 9 del Estatuto de Autonomía del País Vasco en el marco del ordenamiento constitucional español. Los derechos y deberes de los ciudadanos vascos», en VV.AA.: *Primeras jornadas de estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, 1983, vol. I, págs. 493-511.

MARQUET SARDÁ, Clara: «Anexo», en Aparicio Pérez, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, págs., 2008, págs. 365-405.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Cívitas, Madrid 1982.

—: «El Mito del Estatuto-Constitución», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN DELGADO, I. (Eds.): *La reforma del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 65-84.

—: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Iustel, Madrid, 2007.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Eficacia y garantía de los derechos», en BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 91-114.

PEMÁN GAVÍN, Juan: *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Cívitas, Madrid, 1992.

PORRAS NADALES, Antonio: «Capítulo I. Disposiciones Generales», en TEROL BECERRA, M. (Ed.): *Comentarios al Estatuto de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 99-104.

RODRÍGUEZ, Ángel: «Derechos Sociales, Ciudadanía Europea y Estatutos de Autonomía», en VIDAL BELTRÁN, J. M.<sup>a</sup>, y GARCÍA HERRERA, M. A. (Eds.): *El Estado Autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, Instituto Nacional de Administración Pública-Colex, Madrid, 2005, vol. I, págs. 517-526.

—: «Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, págs. 227-265.

RUIZ ROBLEDO, Agustín: *Comunidad Autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 1988.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: *Los derechos en la reforma estatutaria andaluza: realidad compleja y proyección jurídica*, Universidad de Jaén, Jaén, 2008.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: «Pareceres», en TEROL BECERRA, M. (Ed.): *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y Políticas Públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 13-28.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22 (2008), págs. 315-335.

TORRES DEL MORAL, Antonio: «Estado autonómico, segunda fase», en VERA SANTOS, J. M.<sup>a</sup>, y DÍAZ REVORIO, F. J. (Eds.): *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 33-82.

TUDELA ARANDA, Javier: *Derechos constitucionales y autonomía política*, Cívitas, Madrid, 1994.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «La función de los derechos fundamentales en el marco del Estado de las Autonomías», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5 (2007), I, págs. 203-240.

—: «La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales. Forma de Estado y derechos fundamentales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 (2007), II, págs. 321-357.

VIVER I PI-SUNYER, Carles : «L'Estatut de 2006», en *Activitat Parlamentaria*, núm. 10 (2006), págs. 34-57.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS DECLARACIONES ESTATUTARIAS DE DERECHOS. I. Lo nuevo en las declaraciones estatutarias de derechos. II. Derechos fundamentales constitucionales, igualdad y Estado autonómico. III. La «igualdad integradora de la autonomía». IV. Derechos estatutarios y principio dispositivo. C. LOS TITULARES DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS. I. Las personas con vecindad administrativa en Andalucía. II. Titularidad de los derechos estatutarios y titularidad de los derechos constitucionales. III. La igualdad de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado IV. El derecho estatutario de participación en los asuntos públicos (remisión).

### A. INTRODUCCIÓN

Aunque únicamente lleve por rúbrica «Titulares», el art. 12 no sólo regula éstos, los «titulares de los derechos y deberes», sino también los «destinatarios de las políticas públicas». Es cierto que esa regulación se hace en ambos casos en el mismo sentido, pues tanto unos como otros son «todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía», pero es preciso destacar desde el primer momento esta dualidad, porque las consecuencias jurídicas que se derivan de la condición de «titular» de un derecho no sólo no son las mismas que las de ser «destinatario» de una política pública, sino que, como se verá, ésa es una de las diferencias que permiten, a su vez, distinguir en su conjunto el régimen jurídico de los derechos y deberes del Estatuto (a los que éste dedica, además del art. 14, todo el Capítulo II del Título I, arts. 15 al 36), del de las políticas públicas (cuyos principios rectores se contemplan en el Capítulo III, en un único, aunque extenso, artículo, el 37). Se trata de una distinción que, por lo demás, se traslada a las garantías (Capítulo IV), que también se establecen separadamente para los derechos (en los arts. 38 y 39, y con matices, 41) y los principios rectores (en el art. 40).

Una de las características más sobresalientes del Estatuto andaluz, y de buena parte de los Estatutos de Autonomía reformados a partir de la VIIIª Legislatura (citados en adelante como «Estatutos reformados»), es la aparición de una declaración de derechos estatutarios. Sin embargo, ninguno de los Estatutos reformados que, hasta el momento, están en vigor contiene una disposición específica en cuya exégesis se pueda basar en exclusiva su construcción dogmática. Puesto que su primera mención en el articulado del Estatuto andaluz se produce en este art. 12, tras haber dado rúbrica al Título I («Derechos sociales, deberes y políticas públicas»)<sup>1</sup>, el primer epígrafe de este comentario, antes del análisis del criterio de vecindad administrativa que usa esta disposición y de sus excepciones, tendrá como cometido una primera caracterización de los derechos estatutarios, dando cuenta de la compatibilidad de esta categoría jurídica con la Constitución. La legitimidad constitucional de las declaraciones estatutarias de derechos ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional (STC 247/2009, FF.JJ. 5.º y ss, STC 31/2010, FF.JJ. 16.º y ss y, con remisión a esta última, STC 137/2010 FJ 5.º), aunque matizando de manera importante (y abriendo, al mismo tiempo, un buen número

<sup>1</sup> Antes el Estatuto ha proclamado otros derechos, aquellos de los que «como mínimo» gozan todas las personas en la CAA, pero entre ellos no figuran los derechos estatutarios. Véase el comentario al art. 9.

de incertidumbres) sus efectos. La Constitución no se limita a permitir, como veremos a continuación, la existencia de una declaración de derechos en los Estatutos de Autonomía, sino que un buen número de disposiciones constitucionales afectan, en muy diversos sentidos, al modo en el que éstos se despliegan. Esos condicionantes constitucionales no se tratarán todos aquí, sino que su estudio se distribuirá entre los comentarios de los artículos del EAAAnd que establecen los distintos elementos del régimen jurídico de los derechos estatutarios que se ven afectados por los mismos: su sujeto activo (en esta misma disposición), su relación con los títulos competenciales autonómicos y la exigencia de que su interpretación, desarrollo y aplicación no limite o reduzca derechos reconocidos por la Constitución o por normas internacionales (en el comentario al art. 13), sus sujetos pasivos y su vinculación al legislador autonómico que debe desarrollarlos (en el comentario al art. 38) y su accionabilidad en sede jurisdiccional (en el comentario al art. 39).

## B. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS DECLARACIONES ESTATUTARIAS DE DERECHOS

### I. Lo nuevo en las declaraciones estatutarias de derechos

- 3 Del triple contenido que, según su rúbrica, tiene el Título I del Estatuto (derechos sociales, deberes y principios rectores de las políticas públicas), ésta de los derechos es sin duda la categoría más controvertida, y ello aunque en Andalucía, como en el resto de comunidades autónomas, los derechos sociales, entendiendo por tales auténticos derechos subjetivos accionables frente a la administración de la Comunidad Autónoma, habían venido siendo creados, desde mucho antes de la entrada en vigor de los Estatutos reformados, por la propia legislación autonómica. De hecho, en el conjunto de España, los derechos sociales creados por la normativa de las comunidades autónomas pueden llegar a contarse «no ya por cientos, sino por miles» (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 21, que por ello califica las declaraciones estatutarias de derechos como acto de «recepción» de ese «voluminoso banco normativo» [pág. 19]). A pesar de ello, hasta la entrada en vigor del EAAAnd de 2007, los derechos de naturaleza propiamente estatutaria eran más bien escasos en Andalucía, pues, en contraste con la intensa presencia de principios rectores de las políticas públicas en el Estatuto de Carmona, uno de sus más notables signos de identidad en relación con otros de la época (MUÑOZ MACHADO, S., 2007, pág. 378), los derechos se contemplaban en aquel texto de modo prácticamente marginal. Sólo se hacía, con carácter general, una remisión a los derechos constitucionales (véase el comentario al art. 9) y una referencia a los «derechos políticos» derivados de la condición de andaluz (art. 8 EAAAnd 1981), que a la postre se reducían a los de ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento de Andalucía (art. 28.4 EAAAnd 1981). Estos precedentes de derechos estatutarios (escasos, pero de importancia: véase lo que se dice más adelante sobre el derecho electoral autonómico) impiden hablar ahora de una categoría completamente nueva en nuestra Comunidad<sup>2</sup>, aunque sí desde luego desapercibida, de lo que dan cuenta las prácticamente inexistentes, con muy contadas excepciones, aportaciones doctrinales al respecto, que están igualmente ausentes de los comentarios o estudios sistemáticos publicados sobre el Estatuto de 1981.

<sup>2</sup> Como sí lo es, por el contrario, la de deberes estatutarios, rodeada, a pesar de ello, de mucha menos controversia. Véase el comentario al art. 36.

El interés que despertaban los derechos estatutarios era distinto en otras comunidades autónomas, cuyos Estatutos de Autonomía recogían derechos de esta naturaleza que habían llegado a tener cierta relevancia, como los lingüísticos (ignorados, entonces como ahora, en el nuestro al no existir en Andalucía una segunda lengua oficial), lo que había permitido a la doctrina destacar ya en los inicios del Estado autonómico la existencia de normas estatutarias por cuya exclusiva intermediación nacían para los ciudadanos auténticos derechos subjetivos (LUCAS VERDÚ, P., 1983, pág. 500). Además, y al margen de ello, la posibilidad de que las comunidades autónomas incidieran de un modo u otro, mediante su propia producción normativa, en el régimen de los derechos contemplados por la CE había sido también objeto, desde mucho antes de la entrada en vigor de los Estatutos reformados, de un buen número de estudios doctrinales (entre las aportaciones más relevantes deben citarse las de DE OTTO, I., 1986; BAÑO LEÓN, J. M., 1988; BARCELÓ I SERRAMALERA, M., 1991; PEMÁN GAVÍN, J., 1992; TUDELA ARANDA, J., 1994; o CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2001) y recogida, como se verá, por la jurisprudencia constitucional. <sup>4</sup>

El hecho nuevo que trae consigo el EAAAnd no es pues la existencia de derechos sociales subjetivos específicos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, ni la afectación por ello de algunos derechos constitucionales, ni siquiera la consagración de estos derechos por el propio Estatuto, sino sólo la proliferación de éstos últimos y su tratamiento conjunto en un título específico, a modo de declaración solemne, a los que se asegura ahora también una serie de garantías adicionales con las que se intenta corregir la «debilidad normativa» (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 20) de los derechos establecidos por el Estatuto anterior. Esto es también lo nuevo que aportan otros Estatutos reformados, una «declaración propia y sistematizada» (la «novedad» del de Cataluña, según CARRILLO, M., 2006, pág. 65). Es claro que todos estos nuevos elementos han alterado el escenario jurídico previo y obligan a una nueva reflexión sobre el encaje de estos derechos estatutarios en el marco constitucional, pero no parece que los cambios sean de tal calibre como para dar por no aplicable, al menos como punto de partida, la mayor parte de lo que, ciertamente sobre una situación no completamente equiparable, se encuentra desde hace tiempo doctrinal y jurisprudencialmente pacificado. <sup>5</sup>

En una materia en la que la propia Constitución apellida el mismo término de manera muy diferente para referirse, al parecer, a la misma cosa (derechos humanos, fundamentales, individuales, inviolables, constitucionales, de los ciudadanos, etc.), la categoría de los derechos estatutarios puede introducir, sin duda, un nuevo factor de confusión. La primera aclaración que conviene, pues, hacer es que los derechos estatutarios no tienen –no pueden tenerlo– el mismo estatus que los derechos que establece la Constitución, es decir, no pueden confundirse con los derechos constitucionales, puesto que la norma que los establece no es –va de suyo– una constitución. A pesar de ello, esta aparente paridad de estatus se ha manejado como argumento para defender la inconstitucionalidad de los mismos: como sólo la CE, y en ningún caso las comunidades autónomas, puede establecer derechos fundamentales (una idea que aparece, ya en relación con la cuestión de los derechos estatutarios en Andalucía, en CRUZ VILLALÓN, P., 1993), de ahí se ha querido deducir que la pretensión de los Estatutos de dotar del mismo carácter a los derechos que contemplan sería inconstitucional por vulnerar esa «reserva de Constitución» (en este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. M., 2006, pág. 71). La discusión, sin embargo, no debería plantearse sólo en <sup>6</sup>

estos términos, en buena medida tautológicos, puesto que de ese modo se corre el riesgo de «atribu[ir] cualidades cuasi constitucionales a los Estatutos de Autonomía con el único propósito de fundamentar su inconstitucionalidad» (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., 2007, pág. 36). El punto de partida, por el contrario, debe ser exponer los argumentos jurídicos que permiten o no, y hasta qué punto, el establecimiento de estas declaraciones de derechos, pero partiendo siempre de la premisa de que, debido a la naturaleza misma de la norma que los proclama, los derechos establecidos por el Estatuto no pueden tener el mismo carácter que los derechos constitucionales, por más que la visibilidad que a los mismos les dan las solemnes declaraciones estatutarias pueda contribuir a alimentar el «mito» (MUÑOZ MACHADO, S., 2005) o el «espejismo» (uno de los que en los estatutos reformados denuncia BIGLINO CAMPOS, P., 2006, págs. 41-48) que supondría equiparar los Estatutos de Autonomía a la Constitución. Precisamente, una de las principales tareas de la construcción dogmática de los derechos estatutarios debe ser, por encima del «espíritu pseudoconstitucional» que algunos (TORRES DEL MORAL, A., 2009, pág. 37) han podido encontrar en la inclusión de estas declaraciones, fijar las diferencias entre éstos y los derechos constitucionales. Sin embargo, esa tarea no puede sino partir del hecho, pacíficamente admitido, como ya se ha dicho, de que la legislación autonómica puede incidir, del modo que se explica a continuación, en el régimen jurídico de los derechos establecidos por la propia Constitución.

## II. Derechos fundamentales constitucionales, igualdad y Estado autonómico

- <sup>7</sup> En uno de los primeros y más influyentes trabajos doctrinales sobre la relación entre la potestad normativa de las comunidades autónomas y los derechos constitucionales se comienza afirmando que «el hilo central de estas consideraciones ha de ser, claro está, la igualdad» (DE OTTO, I., 1986, pág. 143). Nuestro objeto ahora es de naturaleza acaso diferente, y desde luego más reducido, pues ya no cubre la relación con los derechos constitucionales de toda la producción normativa autonómica, sino sólo la de los derechos que se establecen en el Estatuto. Pero el hilo conductor debe seguir siendo el mismo que entonces, puesto que la cuestión de fondo sigue siendo (SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., 2008, págs. 326-27) precisar hasta qué punto la distribución territorial del poder en comunidades autónomas puede incidir en la configuración esencial de todo Estado constitucional (también de nuestro Estado autonómico) como una comunidad jurídica de ciudadanos iguales, es decir, con unos derechos comunes básicos. Este plano del problema lo eleva sobre las peculiaridades del régimen constitucional en cada Estado y de su concreto sistema de organización territorial, para situarlo en la perspectiva teórica de la relación entre constitucionalismo e igualdad. Por eso tiene sentido traer a colación, a este respecto, el derecho comparado, gracias al cual conocemos que es efectivamente posible, aunque no sin un considerable incremento de la complejidad del sistema, hacer compatible la igualdad como elemento básico de todo régimen constitucional con la existencia de situaciones jurídicas subjetivas territorialmente distintas [ver los análisis sobre EE.UU., Canadá, Suiza, Austria, Alemania, Bélgica e Italia en APARICIO, M. A. (Ed.), 2005]. Ciertamente que ello no conduce a asegurar que pueda ser también así según el sistema instaurado por la CE, pero sí permite que no se descarte de entrada esta posibilidad como algo por completo ajeno y extraño al propio Estado constitucional, puesto que hay un buen número de Estados constitucionales, muchos de ellos con un régimen constitucional asentado cuando no ejemplar, en los que esta posibilidad se encuentra indisputablemente reconocida (en el

mismo sentido, CARRILLO, M., 2007, pág. 64 y ss). El primer interrogante a despejar es, por lo tanto, si en España, sabiendo ya que algo similar ocurre en otros Estados constitucionales, la existencia de derechos estatutarios es compatible con esa igualdad básica que debe garantizar la Constitución. El segundo será, una vez despejado el primero en sentido afirmativo, caracterizar cómo se insertan en nuestro concreto modelo de organización territorial.

8 Antes, sin embargo, hay que precisar de qué tipo de igualdad estamos hablando, pues las modalidades de igualdad constitucionalmente consagradas son muy variadas, y para ello convendría poner también de relieve que, siendo cierto que la salvaguardia de una de ellas, aún por caracterizar, es el primer obstáculo que deben vencer los derechos estatutarios para asegurarse su compatibilidad con la Constitución, no lo es menos que fue también la consecución de otra modalidad distinta de igualdad la que, desde el primer momento, justificó en el debate político la irrupción de los derechos en los estatutos reformados y, señaladamente, en el andaluz. La igualdad «real y efectiva», también recogida en la Constitución (art. 9.2 CE), fue en efecto el principal argumento que se esgrimió en sede estatuyente para justificar la necesidad de introducir una declaración de derechos en el Estatuto, en un debate probablemente inspirado por algunas aportaciones académicas presentadas en los primeros momentos de la reforma<sup>3</sup>. Sea como fuere, la idea de profundizar en la igualdad «real y efectiva» mediante nuevos derechos sociales fue tan poderosa que, sin descartar por completo otros factores (como los meramente inerciales o emuladores de las reformas en curso en la UE o en otras comunidades autónomas que cita BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2007, pág. 2), impregnó, en el caso de Andalucía, el proceso de reforma estatutaria en su conjunto y llegó a convertirse en el argumento esgrimido con mayor intensidad para justificar la necesidad de un nuevo Estatuto (RODRÍGUEZ, A., 2008, pág. 229), aireado en ese sentido como una de sus más notables «señas de identidad».

9 El problema del encaje constitucional de los derechos estatutarios no debe, por lo tanto, omitir esta perspectiva, oscurecida quizá por las que han dominado, tanto en el plano político como en el académico, el debate sobre las reformas estatutarias iniciadas en la VIII Legislatura. Estas otras perspectivas han enfatizado las cuestiones identitarias, competenciales y, en menor medida, las relacionadas con la modernización de los subsistemas políticos autonómicos, enfoques que se han extendido también a la problemática suscitada por los derechos estatutarios, esgrimidos a veces como nuevos hechos diferenciales o analizados en exclusiva bajo la óptica de la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Pero estos enfoques del problema, y el problema político de fondo del encaje, no ya de las reformas estatutarias en nuestro ordenamiento, sino de algunas comunidades autónomas en nuestro Estado autonómico (y el temor de que lo que se presenta como simples «reformas técnicas del sistema» puedan ser en realidad «un ataque solapado a los cimientos de la unidad», SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., 2008, pág. 316), no deben oscurecer que las cuestiones

<sup>3</sup> La opción por una tabla de derechos sociales se encuentra ya en las primeras sugerencias hechas por un equipo de expertos a algunos grupos parlamentarios; ver, además, intervenciones posteriores ante el propio Parlamento, como, por ejemplo, la de CÁMARA, G., 2005, quien, una vez aprobada la reforma afirmará –CÁMARA, G., 2009, pág. 260– que el «paradigma institucionalista» del Estatuto de 1981 lo colocaba «de espaldas a la ciudadanía»; ÁLVAREZ CONDE, E., 2007, pág. 398, por su parte, otorga un papel decisivo en la opción por incluir una extensa tabla de derechos en el Estatuto al informe presentado al Parlamento por el Defensor del Pueblo Andaluz.

que se suscitan a raíz de las declaraciones estatutarias de derechos son, también, una manifestación más, en este caso territorial, de la tensión estructural entre igualdad formal e igualdad material propia del Estado social que la CE establece. Sin estar obligados por ello a pensar que el mayor rechazo a la aparición de los derechos estatutarios provenga en exclusiva del «innegable carácter intervencionista que rezuman» y que todas las críticas estén igualmente ideologizadas con «ropaje centralista y alma neoliberal» (APARICIO, M. A./BARCELÓ, M., 2008, pág. 34; lo mismo podría decirse, en sentido contrario, de las alabanzas), lo cierto es que no debemos tampoco olvidar que cuando hablamos de derechos estatutarios en Andalucía es (casi siempre) de derechos sociales de lo que estamos hablando. Buena prueba de ello es el elevado número de estos derechos que tienen por objeto intentar asegurar la exigibilidad de los principios rectores de la política social y económica consagrados en la CE, sin duda el elemento «realmente novedoso» (AGUDO ZAMORA, M., 2009, pág. 138) que para el Estado social recogido en la propia Constitución (art. 1.1 CE) traen los derechos estatutarios y, probablemente, la «principal aportación» de los consagrados en el Estatuto andaluz (RUIZ-RICO, G., 2007, pág. 146). Una novedad que supone una «ganancia recíproca» (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 14) tanto para los derechos sociales como para los propios Estatutos, pues lo que unos ganan en presencia los otros lo hacen como instrumento de uso ciudadano, y que contribuirá, aunque no se sepa aún en qué medida, a dotar a aquéllos del peso específico que su sola naturaleza como principios rectores constitucionales no puede otorgarles (RODRÍGUEZ, A., 2005, pág. 522).

### III. La «igualdad integradora de la autonomía»

- 10 De manera que en un lado de la balanza (SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., 2008, pág. 327, recuerda que estamos, en el fondo, ante una «cuestión de equilibrio») se sitúan los derechos estatutarios como última manifestación del «Estado Social Autonómico», es decir, del progresivo papel protagonista de las comunidades autónomas como proveedoras de prestaciones sociales (un proceso de regionalización del asistencialismo descrito ya por GARCÍA HERRERA, M. A./MAESTRO BUELGA, G., 1999, que coexiste en nuestro país con el inverso, y más reciente, de europeización de la regulación económica, PORRAS NADALES, A., 2009, pág. 99). En el otro lado se encuentra una idea de igualdad que podemos ya definir, en palabras del TC, como «igualdad integradora de la autonomía» (STC 247/2007, FJ 14.º, remitiendo a jurisprudencia anterior), entendiendo por tal la que permite, como consecuencia inescindible de una organización territorial en donde las comunidades autónomas tienen capacidad legislativa propia, que los ciudadanos puedan tener derechos subjetivos distintos en función del territorio, pero pone al mismo tiempo algunos límites infranqueables a esas diferencias. Gracias al criterio que proporciona la igualdad integradora de la autonomía, puede calibrarse «el grado necesario de igualdad de derechos» que debe existir en el sistema autonómico y limitar, en función del mismo, «la diversidad consustancial a un Estado compuesto» (CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., 2008, pág. 113). En términos generales, puede decirse que la idea pacífica es, pues, que, en materia de derechos, nuestro modelo de organización territorial supone la existencia de ciertas diferencias, pero que, al mismo tiempo, hay límites que la diversidad de normación autonómica no puede traspasar, y que, en caso de que esto suceda, la Constitución apodera al Estado, o a los Tribunales (en última instancia, al Tribunal Constitucional), para corregir esa trasgresión. Pero, a partir de ahí, la jurisprudencia constitucional no es particularmente precisa sobre los elementos que configuran esa igualdad infranqueable,



ni sobre los instrumentos que la Constitución pone al servicio de los operadores jurídicos para garantizarla, una escasa claridad que es, desde luego, parangonable con la de las críticas que esa jurisprudencia ha generado en la doctrina.

La aproximación más acertada a esta cuestión es la que, sustrayéndose a su exclusivo planteamiento como una manifestación más de la dialéctica competencial de las relaciones entre Estado y comunidades autónomas, introduce un tercer nivel, distinguiendo, en cuanto al respeto de esa igualdad sustancial, lo que compete al Estado, lo que compete a las comunidades autónomas y lo que, por estar fijado en la CE, queda fuera del alcance de ambos. Este último aspecto es el que permite hablar de una «intangibilidad competencial» (VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2007, I) de los derechos fundamentales constitucionales. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales que establece la Constitución, como tempranamente estableciera la STC 25/1981 en un conocidísimo pasaje sobre el que más adelante volveremos, «no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado» (FJ 5.º). Pero esa inmunidad, correctamente entendida, debe funcionar en un doble sentido (VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2007, II, pág. 216): son indisponibles para las comunidades autónomas, sí, pero son indisponibles también para el Estado, puesto que quedan establecidos, también frente a éste, *ope constitutione*, y es la propia Constitución la que define en cada uno de ellos cuáles son los elementos esenciales en los que ningún poder constituido (salvo, claro es, el poder de reforma y, en cuanto intérprete supremo de la CE, el Tribunal Constitucional) puede entrar (en este mismo sentido, LUCAS MURILLO, E., 1999, pág. 31 los había definido como «un *prius*, un presupuesto sobre la distribución competencial, en la medida que también lo es para el legislador ordinario estatal»; dicho de otro modo, se trata de derechos que «vinculan y se encuentran protegidos por igual con independencia de cuál sea el poder público que actúe sobre ellos» –pág. 12–).

Ocurre, sin embargo, que los derechos constitucionales se proyectan necesariamente sobre un determinado sector de la realidad, y es en ese momento cuando es preciso completar su régimen jurídico. Es ahora, en función del ámbito material en el que el derecho se ejerce, cuando deben considerarse, para dilucidar a quién corresponde esa regulación, los títulos competenciales, estatales o autonómicos, que sean de aplicación, títulos que pueden hacer que esas competencias sean, además, compartidas. Por ejemplo, la competencia exclusiva del Estado sobre legislación penal (art. 149.1.6.ª CE) hará que éste sea el legislador exclusivo del régimen jurídico del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, del mismo modo que la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, CAA) sobre normas y procedimientos electorales de sus instituciones de autogobierno (art. 46.2 EAAnd) hace al Parlamento de Andalucía legislador único para regular, en ese ámbito (y en el marco del régimen electoral general), el ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos mediante representantes (art. 23.1 CE). En otros casos, como educación o acceso a la función pública, las competencias compartidas que, respectivamente, ostenta el Estado (arts. 149.1.30.ª y 149.1.18.ª CE) y ha asumido la CAA (arts. 47 y 52 EAAnd) habilitan al primero para, mediante la normación básica de ese concreto ámbito material, regular las bases del régimen jurídico de los correspondientes derechos (arts. 27 y 23.2 CE), mientras que la segunda podrá desarrollar las bases estatales mediante la aprobación de una ley autonómica, que podrá a su vez incluir la regulación del ejercicio, en lo que pudieran estar afectados, de esos mismos derechos.

- 13 A la hora de emprender esa regulación, tanto el Estado como las comunidades autónomas, además de plegarse al contenido de los respectivos títulos competenciales que les habilitan para ello, deben respetar una serie de requisitos constitucionales, tanto formales –la reserva de ley que establece el art. 53.1 CE– como materiales. Entre estos últimos cobran especial importancia el respeto al contenido esencial del derecho en cuestión, según ordena esa misma disposición constitucional, y la exigencia del art. 139.1 CE de que todos los españoles tengan «los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Este esquema constitucional se cierra, por último, con una habilitación competencial exclusiva al Estado para intervenir, en el caso de que sea necesario, regulando «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.ª CE).
- 14 Dentro de la relativa claridad ya reseñada, lo dicho hasta aquí puede considerarse pacífico doctrinal y jurisprudencialmente, si bien no lo es el sentido en el que debe entenderse la expresión «los mismos derechos y obligaciones» del art. 139.1 CE<sup>4</sup> ni el que debe atribuirse a las «condiciones básicas» a las que se refiere el art. 149.1.1.ª CE<sup>5</sup>. Con todo, el principal obstáculo para el entendimiento del contenido (no, ya se ha visto, del régimen jurídico) de los derechos fundamentales constitucionales como una materia ajena al reparto territorial de competencias lo constituye el papel atribuido a la Ley Orgánica. El art. 81.1 CE, en efecto, reserva a la Ley Orgánica, en lo que ahora interesa, «el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas», lo que, inevitablemente, supone atribuir este cometido a las Cortes Generales, sustrayéndolo, por tanto, a los Parlamentos de las comunidades autónomas. El Tribunal Constitucional ha reiterado (desde la STC 5/1981) que la reserva del art. 81.1 CE no tiene carácter competencial, lo que avala la consideración de que, cuando aprueban una Ley Orgánica de desarrollo de un derecho fundamental, las Cortes Generales actúan, más que como un órgano del *Estado central*, en el desempeño de una función atribuida al *Estado total*, pues ese desarrollo concierne, en el sentido kelseniano, a la *Constitución global* (VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2007, I, págs. 224 y 2007, II, pág. 353). Sólo el legislador orgánico podría, en ese sentido, acometer el desarrollo de los derechos fundamentales constitucionales, precisando los elementos esenciales –pero sólo éstos– necesarios para que el derecho fundamental constitucional pueda desplegarse, sin que dejaran por ello de considerarse, como tales, una «materia» no susceptible de reparto competencial. En la práctica, sin embargo, el uso no infrecuente de la reserva de LO en clave competencial por parte del Estado ha generado una extensa litigiosidad entre éste y las comunidades autónomas, en donde, a fin de cuentas, lo decisivo no es tanto la cuestión teórica de la incidencia mediata o inmediata de la reserva sobre la distribución territorial de competencias, sino la práctica del uso maximalista y expansivo, o, por el contrario, moderado y restrictivo, de la capacidad normadora de las Cortes al acometer el desarrollo de los derechos fundamentales (LUCAS MURILLO, E., 1999, pág. 33).

<sup>4</sup> Sobre las dificultades de interpretación de este artículo, véase, más adelante, lo que se dice sobre la titularidad de los derechos estatutarios en el epígrafe C.III.

<sup>5</sup> Sobre el despliegue de esta competencia estatal y su relación con los derechos estatutarios, véase el comentario al art. 13.

#### IV. Derechos estatutarios y principio dispositivo

Si el momento de las reformas estatutarias fue más el de la «política constitucional que [el] de [la] jurisdicción constitucional», una vez que la reforma se llevó a cabo fue precisamente la jurisdicción constitucional la que tuvo que reajustar la racionalidad jurídica del sistema en su conjunto (CRUZ VILLALÓN, P., 2007, pág. 45), dando cuenta del encaje en el mismo del nuevo contenido de los Estatutos. La intensidad del debate político suscitado por algunas reformas (mucho menor en el caso del Estatuto de Andalucía) se tradujo en un alto grado de litigiosidad constitucional, cuyo resultado, por lo que ahora interesa, fueron los primeros pronunciamientos en la historia del TC por la vía del control abstracto de constitucionalidad de Estatutos de Autonomía, que, en términos generales, confirmaron los puntos principales de la jurisprudencia anterior (la que se acaba de reseñar) sobre la incidencia de la acción normativa autonómica en los derechos constitucionales, aunque introduciendo importantes matices a la misma en relación con su aplicación a los propios Estatutos. 15

Por una parte, puede pues decirse que el esquema general que concibe los derechos fundamentales, en tanto que tales, como algo ajeno al reparto competencial, susceptibles sólo de desarrollo mediante Ley Orgánica, admitiendo sin embargo la posibilidad de que tanto el Estado como las comunidades autónomas esgriman sus respectivos títulos competenciales para aprobar su régimen jurídico en los diferentes sectores materiales donde el derecho se proyecta, y la aplicabilidad de los arts. 139.1 CE y 149.1.1.ª CE como elementos para controlar (sin entrar ahora en mayores precisiones) una diversidad normativa excesiva, confirma pues la existencia de una «indubitada competencia» (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 92) de las comunidades autónomas para incidir en el régimen legal de los derechos constitucionales. Estos postulados, sin embargo, no obedecen a la necesidad de encontrar una respuesta a los problemas que suscitan los Estatutos reformados, pues son anteriores a su aparición. No puede, pues, pretenderse que, aunque tras treinta años de desarrollo del Estado autonómico, puedan considerarse un terreno sólido del que partir («obviedades» que no debería ser necesario repetir, como dijo VIVER I PI-SUNYER, C., 2006, págs. 43-44, al calor del debate generado por la aparición de las declaraciones de derechos estatutarios), basten para que, con su sola invocación, se justifique la legitimidad constitucional de las declaraciones estatutarias de derechos. Pero aportan toda una construcción coherente, y en sus líneas generales pacífica, sobre la posibilidad de que, en función de las reglas que definen el reparto competencial, determinados elementos del régimen jurídico de los derechos constitucionales se diversifiquen territorialmente, y sobre cuáles deben ser los límites a esa diversidad. 16

De ellos, aunque añadiendo matices importantes, ha partido efectivamente el TC en sus pronunciamientos sobre las declaraciones de derechos de los Estatutos reformados, al resolver algunos de los recursos presentados, respectivamente, contra la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (STC 247/2007) y contra la del Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010). La doctrina establecida en ambas sentencias condiciona igualmente, al menos en la parte de la misma dictada con una evidente pretensión de generalidad, la interpretación que debe darse a la declaración de derechos estatutarios del Estatuto andaluz. Como veremos a continuación, las SSTC 247/2007 y 31/2010 han zanjado, en sentido afirmativo, la polémica sobre la 17

idoneidad de los Estatutos para establecer sus propias declaraciones de derechos, considerando que las mismas no exceden del contenido legítimo que estas normas pueden tener, un contenido que se encuentra, sin embargo (aunque en términos muy amplios), constitucionalmente tasado. Pero, según el Tribunal Constitucional, esas declaraciones no generan por sí mismas, no al menos en todos los casos, auténticos derechos subjetivos para sus titulares.

- 18 En primer lugar, debe considerarse pacífico que las declaraciones de derechos que, en su caso, los Estatutos de Autonomía pueden contener son una manifestación más del denominado «principio dispositivo», que, formulado originariamente por la doctrina (MUÑOZ MACHADO, S., 1982, pág. 162) fue prontamente recogido por el TC como uno de los principios básicos del Estado autonómico instaurado por la CE. Hasta la STC 247/2007, ciertamente, este principio había tenido una traducción fundamentalmente competencial, permitiendo también, en similar medida, que las comunidades autónomas establecieran, dentro de ciertos límites, perfiles específicos a su propia organización institucional.
- 19 Ahora el Tribunal Constitucional lo aplica, por primera vez, a la posibilidad de que las comunidades autónomas decidan libremente incluir una declaración de derechos en sus Estatutos. Para ello, el Tribunal recuerda que el «relevante papel» de los Estatutos como «norma institucional básica» (art. 147.1 CE) de las comunidades autónomas se justifica porque «son las normas a través de las cuales opera el principio dispositivo» (STC 247/2007, FJ 5.º), y precisa (FJ 4.º) que éste no sólo se traduce en la posibilidad de que los Estatutos asuman o no (art. 149.3 CE) competencias, o en las diversas opciones (no sólo competenciales, también identitarias, territoriales e institucionales) sobre las que éstos habrán de, con carácter necesario (arts. 147.2 y 69.5 CE) o potestativo (arts. 3.2, 4.2, 133.2, 145.2, 152.3 y 156.2 CE), pronunciarse. El principio dispositivo se refleja también en el reconocimiento expreso (aunque indirecto, cabría añadir) que hace el art. 138.2 CE de que en los Estatutos puede haber, en términos generales, «diferencias», siempre que éstas no impliquen «privilegios económicos o sociales». Todo ello permite al TC, por primera vez de modo explícito en su jurisprudencia, extender la aplicabilidad del principio dispositivo al modo en el cual los Estatutos regulan la relación de los poderes de la Comunidad Autónoma –ésta es la novedad– con los ciudadanos. Así, según el Tribunal,

[...] los Estatutos de autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido [...] cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro. (STC 247/2007, FJ 12.º).

- 20 Este último inciso –«y, con los ciudadanos, de otro»– abre pues la puerta a la incorporación en los Estatutos de disposiciones que establezcan para estos ciudadanos derechos específicos, incluso «catálogos completos» (FERNÁNDEZ FARRERES, G., 2007, pág. 106), a modo de declaraciones como la que incluye el EAAAnd en su Título I, y tercia en una prolongada polémica doctrinal sobre el limitado tenor de los Estatutos según el listado de contenidos que ofrecen el art 147.2 CE y otras disposiciones constitucionales. En esa polémica ha habido posicionamientos doctrinales de todo tipo, si bien han abundado, desde el primer momento, los de quienes pensaban que las

normas estatutarias que se «exceden en el encargo constitucional» (así las califica MUÑOZ MACHADO, S., 1982, pág. 372) eran, en el mejor de los casos, superfluas, y su inclusión en los Estatutos criticable por su carencia de eficacia normativa. Pero se trata de críticas escritas en un momento en el que la cuestión se centraba, sobre todo, en las normas estatutarias de carácter programático (tampoco previstas para los Estatutos de Autonomía por el art. 147 CE), y en el que se reconocía que la cuestión de los derechos estatutarios, aun considerada interesante desde el punto de vista teórico, carecía, en el plano de la práctica, de «excesiva trascendencia» (AGUADORENEDO, C., 1996, pág. 365). El debate doctrinal sobre el carácter constitucionalmente tasado o no de las materias susceptibles de inclusión en los Estatutos arreció con el arranque de las reformas que preveían ya la inclusión en los mismos de declaraciones, más o menos completas, de derechos, con nuevos posicionamientos doctrinales, ahora ya centrados sobre la posibilidad de tales declaraciones<sup>6</sup>. En estas nuevas aportaciones, o bien se seguía manteniendo la inconveniencia de las mismas (BIGLINO CAMPOS, P., 2006), o bien se contenían pronunciamientos abiertamente en contra (DÍEZ-PICAZO, L. M., 2006 –a pesar de su título formalmente dubitativo– y 2007) o a favor (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., 2007, CARRILLO, M., 2006, 2007).

Las tesis mantenidas no se sustentaban sólo en la exégesis (divergente, según cada cual) del art. 147 CE y del resto de normas constitucionales donde se establece una reserva estatutaria expresa, sino que se añadían nuevos argumentos, específicos para la problemática que originaban las declaraciones estatutarias de derechos: de un lado, las «opciones de ética pública» (DÍEZ-PICAZO, L. M., 2006, pág. 72) que se encuentran detrás del establecimiento de estos derechos (salvo los directamente ligados a la elección de los órganos representativos autonómicos, de carácter procedimental y moralmente neutros), que sólo deben ser decididas (y en un único sentido para todos los ciudadanos) por las Cortes Generales; del otro, la posición de superioridad jerárquica del Estatuto con respecto a las leyes de la Comunidad Autónoma, desde la que sería legítimo limitar, por la vía del otorgamiento de derechos, la libertad de configuración del legislador autonómico (CARRILLO, M., 2007, pág. 53). 21

La STC 247/2007, al zanjar la cuestión del modo que se ha visto, no hizo sin embargo desaparecer la división doctrinal, que siguió presente en los pronunciamientos sobre la extensión del principio dispositivo a la relación de la Comunidad Autónoma con «los ciudadanos» (calificada por algunos como el fruto de un análisis de «riguroso detalle y acierto», CÁMARA VILLAR, G., 2009, pág. 270, y por otros como «una conclusión que no se justifica en razonamiento alguno», FERNÁNDEZ FARRERES, G., 2007, pág. 101). 22

Esta división probablemente tampoco se verá reducida por el hecho de que la postura del Tribunal haya sido confirmada por la STC 31/2010 (FJ 4.º), sobre todo si tenemos en cuenta una debilidad añadida de la argumentación del TC (presente, sobre todo, en la primera de estas sentencias), ésta sí reconocida con carácter general por la doctrina (por ejemplo, por los dos autores que se acaban de citar en sentido divergente, unánimes en 23

---

<sup>6</sup> Los órganos consultivos autonómicos encargados de dictaminar las reformas estatutarias también se hicieron eco de este debate, inclinándose, en todos los casos, por la posibilidad de extender el principio dispositivo a las declaraciones de derechos. Véase el dictamen del *Consell Consultiu* de Cataluña 269, de 1 de septiembre de 2005, fundamento I (y el análisis del mismo en CARRILLO, M., 2006, pág. 66 y ss) y el Dictamen 72/2006, de 10 de marzo, FJ II.º, del Consejo Consultivo de Andalucía.

esto a renglón seguido): las evidentes fallas argumentales en las que incurre el Tribunal al mantener que los Estatutos pueden declarar derechos no sólo cuando están directamente relacionados con la dimensión institucional propia de las normas estatutarias (como los derechos a ser elector y elegible para su órganos representativos), o cuando la Constitución los habilita expresamente para ello (por ejemplo, los derechos lingüísticos), sino también en otros campos; pero añadiendo que, fuera de aquellos casos, los derechos declarados deberán siempre entenderse, «cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen», no como tales, sino como (meros) mandatos dirigidos al legislador autonómico (STC 247/2007, FJ 15.º c)<sup>7</sup>. Sin embargo, con estas matizaciones, la constitucionalidad de las declaraciones estatutarias de derechos puede considerarse, como se ha dicho, pacificada.

### C. LOS TITULARES DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS

- 24 Como se dijo en la Introducción de este comentario, el art. 12 EAAAnd sugiere dos órdenes bien distintos de reflexiones. Por una parte, el de la tajante distinción, aunque oculta a primera vista por el envío en ambos casos al mismo criterio, entre el carácter con el que se ejerce de sujeto de un derecho o deber estatutario –se es «titular» del mismo– y el que tienen los sujetos de las políticas públicas –son sus «destinatarios»–. La diferencia esencial proviene de que, con respecto a los derechos, las personas con vecindad administrativa en Andalucía son, en tanto que titulares, sujetos *activos*; con respecto a las políticas públicas, sin embargo, se limitan a ser, en tanto que destinatarios, sujetos *pasivos*. Por esta razón, sólo los titulares de los derechos pueden pretender la tutela jurisdiccional de los mismos (art. 39 EAAAnd) frente a sus respectivos sujetos pasivos (art. 38 EAAAnd), mientras que la condición de «destinatario» de las políticas públicas no otorga a éstos la posibilidad de alegar su incumplimiento ante los jueces y tribunales, salvo que así lo disponga la ley, por cuya única interposición pueden los meros destinatarios de una política pública dejar de serlo para convertirse en titulares de derechos subjetivos (art. 40 EAAAnd).
- 25 Por otra parte, y a este segundo aspecto se dedicarán los epígrafes que siguen, el art. 12 EAAAnd plantea toda una serie de cuestiones centradas en la vecindad administrativa como criterio para ser destinatario de políticas públicas o sujeto de deberes y derechos estatutarios. Aunque lo que se dirá en adelante es, en principio, válido en todos esos casos, nos detendremos, fundamentalmente, en los problemas que plantea su aplicación para delimitar los titulares de los derechos. Así veremos, en primer lugar, el significado del concepto de vecindad administrativa y la especificidad que caracteriza al Estatuto andaluz, en relación con otros Estatutos reformados, por hacer depender de ella la condición de titular de (casi) todos los derechos. En segundo lugar, se analizará la relación de este criterio de titularidad de los derechos estatutarios con los derechos constitucionales. Finalmente, se estudiará la aplicabilidad a la cuestión de la titularidad de los derechos estatutarios del canon de igualdad entre españoles del art. 139.1 CE.

---

<sup>7</sup> Los problemas que plantea esta tesis, y la medida en que la STC 31/2010 puede entenderse como una matización de la formulación hecha en la STC 247/2007, se tratan en el comentario al art. 38.

## I. Las personas con vecindad administrativa en Andalucía

El único requisito que, como regla general, establece el art. 12 EAAnd para ser titular de los derechos estatutarios es de la vecindad administrativa. Las opiniones doctrinales –únicas con las que contamos en la actualidad– sobre esta decisión del estatuyente andaluz (hacer titulares de los derechos estatutarios a «todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía») suelen poner de relieve la *excepcionalidad* y la *generosidad* de este planteamiento. La primera se comprueba, en efecto, comparando el EAAnd con las disposiciones que regulan la titularidad de los derechos estatutarios en el resto de Estatutos reformados en vigor: en todos los demás, para ser titular de estos derechos, se ha mantenido la exigencia, que se contemplaba ya antes de la reforma, de ostentar la «condición política» de ciudadano de la respectiva Comunidad, lo que efectivamente se vincula a la vecindad, pero siempre que a la misma se sume la nacionalidad española. La aplicación de este doble criterio, vecindad más nacionalidad, conduce a que en ninguno de los Estatutos reformados la titularidad de los derechos estatutarios puede corresponder, por la sola voluntad del Estatuto, a los vecinos de la Comunidad que no sean españoles, con independencia de que algunos de ellos habiliten al legislador autonómico para llevar a cabo su extensión a los extranjeros. La no exigibilidad, salvo excepciones, del requisito de nacionalidad es, sin embargo, indisponible para el legislador andaluz. En Andalucía, como regla general, los extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma son, pues, titulares de los derechos estatutarios. 26

Como se ve más adelante, esta regla sólo admite las excepciones que el propio art. 12 señala bajo las fórmulas «de acuerdo con» y «sin perjuicio de»: de acuerdo con las leyes reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas, y sin perjuicio de lo dispuesto para el derecho estatutario de participación, el único cuya titularidad estatutaria sigue vinculada a la «condición política» de andaluz, recogida en el art. 5.1, y para el cual, por lo tanto, sigue siendo exigible la nacionalidad española. En definitiva, la excepcionalidad andaluza consiste en limitar al derecho de participación el requisito de ostentar la «condición política» de ciudadano de la Comunidad Autónoma (aunque, en la economía normativa del Estatuto andaluz, es éste el derecho que, dentro del marco constitucional, puede el Parlamento extender a los extranjeros), mientras que en el resto de Estatutos reformados esa condición sigue siendo necesaria (salvo extensión mediante ley) para poder ser titular no sólo de éste, sino de todos los derechos estatutarios. 27

Dada la amplitud del criterio empleado, y como la mayoría de los derechos estatutarios son derechos sociales (ver más atrás), su extensión a los que no tengan la nacionalidad española exigirá «compartir» (éste es el término que emplea GARRIDO CUENCA, N., 2009, pág. 134) con una población más extensa, en la que se incluyen también los extranjeros avecindados en la Comunidad, prestaciones que dependerán de recursos siempre escasos. En ello consistiría la generosidad del Estatuto a la que hacíamos referencia («la cláusula más generosa de cuantas se recogen en los nuevos estatutos», según CANOSA USERA, R., 2009, pág. 129; en sentido contrario, RUIZ-RICO, C., 2008, pág. 82, contrasta las restricciones a las que puede llevar el criterio estatutario, a las que más adelante nos referimos aquí, con el «criterio abierto y generoso de la Constitución»). De hecho, es esa dimensión social de los derechos estatutarios la que, desde otro punto de vista, permite concebir los criterios para definir sus titulares como un mecanismo de regulación subjetiva (la regulación objetiva vendría por los títulos 28

competenciales) de una posible «sobrecarga» del sistema autonómico por las demandas prestacionales que van asociadas a la mayoría de estos derechos (en este sentido, aunque con una idea del papel de la vecindad que parece apuntar a conclusiones distintas de las que aquí se desarrollan, PORRAS NADALES, A., 2009, pág. 103). También puede decirse que la generosidad en la titularidad de los derechos estatutarios condiciona, en gran medida, el modo en el cual el Estatuto afronta el fenómeno del incremento de la inmigración en la Comunidad (y las competencias asumidas al respecto en el art. 62). Que, como opción política del estatuyente, esta decisión pueda o no compartirse (como hace AGUDO ZAMORA, M., 2009, pág. 273, que la califica de «plena de lógica»), no exime, claro está, de resolver los problemas que, como se verá, puede ocasionar el criterio de vecindad administrativa para dotar de una interpretación sistemáticamente coherente (jurídicamente lógica, podríamos decir) a la declaración estatutaria de derechos.

- 29 En todo caso, lo primero que hay que aclarar es el propio concepto de vecindad administrativa. En nuestro ordenamiento rige una concepción municipalista de vecindad, que hace que, en rigor, no se pueda ser vecino de una comunidad autónoma, sino de uno de sus municipios. A diferencia de la vecindad civil o residencia, la vecindad administrativa se identifica con el conjunto de personas que constituye la población del municipio. Por esta razón su regulación se sitúa, además, fuera de la capacidad normativa autonómica, puesto que es el Estado el que la define, al regular las bases de las entidades locales (territorio, organización, competencias y población) como parte de la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas que le atribuye el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE. En virtud de esta habilitación, la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), establece un registro administrativo, el padrón municipal, en el que deben inscribirse las personas que viven en el municipio (art. 16 LRBRL). La inscripción es universal, obligatoria y exclusiva en un solo municipio y otorga al inscrito, desde el mismo momento en que se produce, la condición de vecino (art. 15 LRBRL). Puede, pues, decirse, que el Estatuto exige, para ser titular de los derechos estatutarios, estar inscrito en el padrón de uno de los municipios cuyos territorios forman el de la CAA (art. 2 EAAnd), pero que, al igual que el resto de las comunidades autónomas, Andalucía no puede regular los modos de adquirir, conservar y perder esa condición (esto no sólo ocurre con la vecindad: también, con la importancia para este mismo asunto que ya se ha visto, con la nacionalidad, competencia estatal exclusiva según el art. 149.1.2.<sup>a</sup> CE).
- 30 A pesar de la vocación de cláusula de aplicación general que tiene lo dispuesto en el art. 12 EAAnd sobre la titularidad de los derechos estatutarios, lo cierto es que muchas de las disposiciones del Título I del Estatuto contienen reglas específicas sobre quienes serán los titulares de cada uno de los derechos concretos que establecen. En algunos, la fórmula es suficientemente neutra o imprecisa («se garantiza», «se reconoce») como para entenderla compatible con el criterio sentado en el art. 12 EAAnd (así en los derechos a la igualdad de género, a la voluntad vital anticipada, a la protección de la salud, al acceso a la justicia, a la buena administración y al acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación). Y en otros, de carácter sectorial, la existencia de grupos determinados a los que el derecho se dirige sería también fácilmente integrable con la cláusula general, pues podría entenderse que cuando el Estatuto establece los derechos específicos de las mujeres, las familias, las parejas, los menores, los mayores,



los padres de alumnos y las personas con discapacidad o en situación de dependencia, se estaría refiriendo a todos estos grupos de personas siempre y cuando tuvieran vecindad administrativa en la CAA: el sentido de la cláusula general sería, precisamente, evitar que esa repetición tuviera que hacerse en cada una de las disposiciones que establecen estos derechos.

31 Sin embargo, de algunos de los derechos mencionados podría también decirse, en sentido aparentemente contrario, que, por su propia naturaleza, deberían tener una titularidad absolutamente universal, no limitada por tanto a los vecinos. Podría éste ser el caso tanto de algunos de los derechos de titularidad imprecisa (por ejemplo, la igualdad de género o el acceso a la justicia) como de otros en los que los sujetos colectivos sectorialmente determinados deberían entenderse también en un sentido universal (todos los menores, todos los discapacitados o dependientes, etc.), y no limitado sólo a los avecindados en Andalucía. En esos casos, la exigencia de vecindad administrativa, que es, con respecto a la nacionalidad, extensiva, podría volverse ahora, si es que la comparamos con una titularidad completamente incondicionada, restrictiva. Pero, sobre todo, este problema se haría aún más patente en otros derechos que se establecen en disposiciones en las que el Estatuto mismo es el que, expresamente, emplea fórmulas de titularidad universal, bien definiendo como titulares a «todas las personas» (en los derechos a la dignidad en el proceso de la muerte, al trabajo, al medio ambiente, a la protección de datos, al acceso a la cultura y, en singular, «(toda persona)» al respeto a la orientación sexual y la identidad de género), bien atribuyendo el derecho, también sin aparente limitación, directamente a «todos» (ocurre con los derechos educativos, el derecho al acceso a la prestaciones sociales y a la renta básica)<sup>8</sup>. La doctrina se ha mostrado crítica con esta disparidad y la aparente confusión a la que conducen, críticas que, ciertamente, no se han vertido sólo en relación con el EAAnd, sino con todos los Estatutos reformados (CÁMARA VILLAR, G., 2008, pág. 21 y ss; ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 101 y ss; en esta misma línea, GARRIDO CUENCA, N., 2009, pág. 191, se refiere a las «incorrecciones técnicas» de los Estatutos, y APARICIO, M. A./BARCELÓ, M., 2008, pág. 26, a un problema «casi inabarcable»).

32 ¿Debería regir en todos los casos, sin excepción, el criterio de vecindad del art. 12 EAAnd, incluso en los derechos que se podrían caracterizar de universales? La tesis que aquí se defiende es que las posibles incoherencias de otros textos estatutarios –que deberán resolverse, lógicamente, en función de lo que ellos mismos dispongan– no se dan, no al menos en los mismos términos, en el andaluz, que no plantea especiales problemas hermenéuticos en cuanto a su economía normativa interna (más adelante despejamos los que podría generar su compatibilidad con la Constitución), para concluir que, incluso en esos casos, los derechos estatutarios tienen siempre una titularidad restringida por la vecindad administrativa en la CAA. De manera que las disposiciones que establecen cada uno de los derechos del Título I no excepcionan, pese a su carácter específico, la cláusula general del art. 12 EAAnd. Ello se debe no sólo a que ésta contempla, como se ha visto, sus propias excepciones (que deben, pues, entenderse tasadas), sino a que la misma es perfectamente integrable con el requisito de «universalidad» que, explícito o implícito, puede desprenderse de algunos de los derechos en concreto.

<sup>8</sup> Los deberes estatutarios, por su parte, también se establecen como «obligación de todas las personas», véase el comentario al art. 36.

- 33 En efecto, no es posible negar las contradicciones, al menos literales, que presentan los Estatutos reformados entre las cláusulas generales que establecen la titularidad de los derechos estatutarios y las disposiciones al respecto de cada uno de los derechos en concreto (MARQUET SARDÁ, C., 2008, proporciona una tabla muy ilustrativa, en donde esas contradicciones parecen ser el único elemento común en la diversidad de fórmulas, no sólo de estilo, elegidas por cada estatuyente). Pero la «excepcionalidad» del andaluz contribuye en gran medida a dotar de un contenido armónico, en su caso, esta diversidad, en el sentido siguiente: ocurre que los Estatutos definen, por una parte, la población a la que puede afectar, en general, la acción de los poderes públicos autonómicos, una población que puede incluir, en determinadas circunstancias, residentes habituales en otras comunidades autónomas o, incluso, en otros países, pero cuya regla general, dado el criterio territorial de eficacia de las normas autonómicas (véase, por lo que hace a Andalucía, el comentario al art. 7 EAAnd), la limita a los vecinos, españoles o no, de su territorio. Éste es el conjunto de personas que se encuentra sometido a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma «de modo permanente e institucional» (BISCARETTI, citado en este sentido por RUIZ ROBLEDO, A., 1988, pág. 76) y al que, aplicando, *mutatis mutandis*, los postulados de la teoría clásica del Estado, podemos considerar la «población» de la Comunidad Autónoma.
- 34 Por otra parte, los Estatutos delimitan, del modo que se ha visto, los titulares de los derechos estatutarios. Pues bien, sólo cuando el sujeto de estos derechos no coincide con el único «todos» al que los Estatutos pueden referirse, el de su población, puede hablarse de incoherencias con respecto a los derechos estatutarios de titularidad necesariamente universal. Dicho de otro modo: la titularidad universal, en cuanto al sujeto activo, de los derechos que establece el EAAnd no puede ir más allá del universo delimitado por las personas sometidas al sujeto pasivo al que estos derechos vinculan, los poderes públicos andaluces (o, en determinados casos, los particulares, art. 38 EAAnd), y por las competencias que éstos tienen atribuidas (art. 13 EAAnd).
- 35 Aunque, aun así, puede haber excepciones, éstas, como ya se han mencionado, son las establecidas por el propio Estatuto. Repárese, por ejemplo, en los diferentes sentidos del término «universal» en los arts. 101 EAAnd –que ordena que los diputados del Parlamento se elijan por «sufragio universal»– y 22 EAAnd –que establece un sistema sanitario público «de carácter universal»–. El primero se refiere sólo a los españoles que tienen la «condición política» de andaluz por estar vecindados en un municipio de Andalucía<sup>9</sup>; el segundo, a todos los que tienen la condición de vecinos, sean españoles o extranjeros. Pero ninguno de estos dos artículos, ni ningún otro del Estatuto, puede atribuir derechos estatutarios más allá del único «todos» al que puede referirse, que es, en este sentido, el «universo» de personas sujetas a los poderes públicos autonómicos. Esta argumentación permite disolver, pues, la aparente incoherencia interna entre las diversas disposiciones del EAAnd que regulan los titulares de los derechos estatutarios, pues en todas ellas (salvo en el derecho de participación) la titularidad es universal en el único sentido en el que puede serlo, es decir, extendiéndose a toda la población que se encuentra «sometida de modo permanente e institucional» a los poderes públicos autonómicos.

---

<sup>9</sup> Lo que puede ser compatible con vivir en el extranjero, cuando ése ha sido el último empadronamiento en España.

Sobre todo ello es preciso puntualizar que nada de lo que se ha dicho impide que tanto las personas con vecindad administrativa en la CAA como otras que, sin tenerla, puedan encontrarse ocasionalmente bajo la sujeción de los poderes públicos autonómicos puedan ser, a su vez, titulares de otros derechos cuyo objeto puede parcialmente coincidir, o incluso identificarse, con el de un derecho estatutario. Son derechos que pueden venir establecidos por la legislación estatal, que, siguiendo con los ejemplos anteriores, puede regular, en virtud de su competencia sobre bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16.<sup>a</sup> CE), determinados aspectos –los básicos– del principio rector constitucional que reconoce el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), incluyendo prestaciones para las cuales no será exigible la vecindad administrativa que el Estatuto exige; o, en virtud de su competencia sobre el régimen electoral general, el derecho a ser elector en las elecciones municipales, extendiéndolo (en el caso de los ciudadanos de la UE, por prescripción del derecho comunitario) a personas que pueden no tener la condición política de andaluz, requerida por el Estatuto para serlo en las elecciones autonómicas. Pueden ser también derechos establecidos por normas internacionales, como el propio Estatuto reconoce expresamente (véase el comentario al art. 9). Aunque todos ellos deban ser respetados por la Comunidad Autónoma, en la mayoría de los casos no podrán llegar a ser, precisamente porque ésta carece de competencias sobre el particular, derechos estatutarios, y las normas que los regulan no podrán hacer a sus titulares sujetos activos de éstos. 36

Esta regla general debe, sin embargo, matizarse en los casos en los que el Estatuto adiciona, sólo para los que tienen vecindad administrativa en la Comunidad, un contenido propio a un derecho o principio constitucional cuya titularidad, según la Constitución, puede ser bien más restringida (por ejemplo, el principio rector que atribuye sólo a «todos los españoles» el «derecho a disfrutar de un vivienda digna y adecuada», art. 47 CE), bien más amplia (como es el caso de todos los derechos constitucionales que se consideran inherentes a la dignidad de la persona a la que se refiere el art. 10.1 CE). Los efectos de esa excepción sobre la titularidad de los derechos estatutarios se explican a continuación. 37

## II. Titularidad de los derechos estatutarios y titularidad de los derechos constitucionales

Va de suyo que, como en todas las comunidades autónomas, los derechos constitucionales tienen una vigencia incondicionada en Andalucía, y que la Constitución puede atribuir a las personas en cualquier parte del territorio nacional, nacionales o extranjeros y vecinos o no de determinados municipios, en función de lo que ella misma establezca, derechos sobre cuyo contenido propiamente constitucional nada podrá disponer el Estatuto o el legislador autonómico. Estos derechos, que, también va de suyo, vinculan a todos los poderes públicos autonómicos, los establece la Constitución sin las ataduras derivadas de la carencia de títulos competenciales adecuados o de la eficacia territorialmente limitada de sus disposiciones, que sí tienen todas las comunidades autónomas y que limita, para la de Andalucía en el sentido que se acaba de explicar, el universo de los titulares de los derechos estatutarios. 38

Ahora bien, todo ello no significa que el derecho de las comunidades autónomas no pueda, a su vez, regular algunos aspectos del régimen legal de los derechos constitucionales, 39

en función de los sectores materiales en los que éstos se ejercen y de las propias competencias autonómicas. Por lo que ahora interesa, conviene también recordar que esa doctrina, pacífica doctrinal y jurisprudencialmente en lo que hace a la ley autonómica, se ha extendido por la reciente jurisprudencia constitucional (SSTC 247/2007 y 31/1010) a los propios Estatutos, de modo que éstos también pueden agregar contenidos propiamente autonómicos a los derechos constitucionales, siempre que, al igual que ocurre con el resto de los derechos estatutarios, la Comunidad Autónoma haya asumido competencias para ello y siempre que esos contenidos no sean «interpretados, desarrollados o aplicados» de modo que los derechos constitucionales afectados se «limiten o reduzcan». Todo esto se ha visto ya con cierto detalle más atrás; además, en el comentario al art. 13 EAAAnd, donde estas reglas se establecen, se tratarán de modo específico los problemas que se plantean con respecto a ese posible «contenido estatutario adicional» de derechos constitucionales, sin duda el aspecto de esta cuestión que ha recibido, hasta el momento, mayor atención doctrinal. Ahora, sin embargo, hay que precisar de qué manera este esquema incide en la titularidad de los derechos estatutarios. Y sobre ello hay que decir que la incidencia es distinta según se trate de derechos sometidos o no a una reserva de desarrollo mediante Ley Orgánica.

- 40 En el caso de los derechos constitucionales sobre los que no pesa una reserva de desarrollo mediante Ley Orgánica, nada impide que el Estatuto, al regular su régimen jurídico, amplíe, para esos contenidos adicionales que el Estatuto puede añadir, el círculo de los titulares del mismo. Lo mismo cabe decir de los principios rectores de la política social y económica establecidos en la CE. En este sentido, no debe haber obstáculos constitucionales para que derechos estatutarios que adicionan contenidos a derechos o a principios rectores constitucionales amplíen también el círculo de los titulares de estas nuevas prestaciones, más allá de lo previsto por la propia CE o por la legislación estatal. El propio Estatuto reconoce expresamente esta relación directa con derechos o principios rectores constitucionales en tres ocasiones (hay más, ver RODRÍGUEZ, A., 2008, pág. 238 y ss): en las prestaciones estatutarias que se añaden al derecho al trabajo que el art. 35 CE reconoce a «los españoles» y que el art. 22 EAAAnd garantiza a «todas las personas»; en el principio rector constitucional que atribuye a «todos los españoles» el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), y que el art. 25 EAAAnd consagra como derecho obligando a la ley autonómica a regular el acceso a la promoción pública de viviendas «en condiciones de igualdad»; y en el derecho a la protección de la salud que «reconoce» el art. 43 CE y al que el art. 22.1 EAAAnd añade, entre otras, la garantía de un sistema sanitario público «de alcance universal».
- 41 En todos estos casos, y en otros similares, el derecho propiamente estatutario consiste no sólo en una adición de contenido al respectivo derecho o principio rector constitucional, sino también, por aplicación de la cláusula general del art. 12 EAAAnd (y con independencia, ya se dijo, de la fórmula concreta de cada derecho), en una ampliación, aunque limitada a las nuevas prestaciones estatutarias, del círculo de sus titulares. Así, en los ejemplos citados, los vecinos de la Comunidad Autónoma, aunque no sean españoles, tendrán derecho a las prestaciones laborales estatutarias y a un trato igualitario en el acceso a la promoción pública de viviendas, y participarán del «alcance universal» del sistema sanitario público andaluz. Todo ello ocurre con independencia de lo que, al respecto, haya dispuesto la CE y de lo que pueda disponer la legislación

estatal, en virtud de los títulos competenciales que se le puedan atribuir. Lo mismo puede decirse, *a fortiori*, de los derechos estatutarios que generalmente se califican de nuevos, es decir, que no están recogidos, ni como derecho ni como principio rector, en la Constitución (el grupo de los que pueden clasificarse de este modo en el EAAnd puede verse en RODRÍGUEZ, A., 2008, pág. 253 y ss). Cuestión distinta, como ya se ha repetido, es que la Comunidad Autónoma se vea también obligada (como el propio art. 13 EAAnd ordena) a esgrimir sus correspondientes títulos competenciales a la hora de acometer el desarrollo autonómico –es decir, precisar el régimen jurídico de las prestaciones– de esos derechos estatutarios.

Sin embargo, cuando la legislación autonómica añade un contenido adicional a un derecho fundamental constitucional de la sección primera del Capítulo II del Título I CE, la situación es distinta. Ya sabemos que tampoco en esos casos la regulación del derecho puede atribuirse en exclusiva al Estado, salvo que, además de la reserva de Ley Orgánica para su desarrollo, exista un título competencial del art. 149.1 CE que atribuya al Estado con carácter exclusivo el sector material en donde ese derecho pueda ejercerse. Si no se da esta circunstancia, la vía del art. 81.1 CE no es suficiente (tampoco, ni en concurso con ésta, las de los arts. 53 o 149.1.1.<sup>a</sup> CE)<sup>10</sup> para sostener que toda la materia de esos derechos fundamentales esté reservada a la regulación estatal, situación que no tiene por qué cambiar cuando, con las nuevas declaraciones de los Estatutos reformados, aplicamos este esquema a los derechos propiamente estatutarios (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 97). Ahora bien, aunque la reserva de desarrollo mediante Ley Orgánica no puede entenderse en un sentido extensivo, ni mucho menos absoluto, sí se proyecta, con carácter exclusivo, sobre los elementos esenciales del derecho, y entre ellos se encuentra determinar quiénes son sus titulares. Por esta razón, es la Ley Orgánica la que define también, sin posibilidad ahora de que el Estatuto los amplíe, los titulares del contenido adicional que el Estatuto puede añadir a esos derechos. 42

Éste es el sentido en el que debe interpretarse el inciso «de acuerdo con las leyes reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas» del art. 12 EAAnd, cuyo tenor literal permite sin mucho temor (sólo el que provoca el término «reguladora» que, en la tesis que aquí se mantiene, se interpreta como «de desarrollo») identificar la norma de remisión como la Ley Orgánica que el art. 81.1 CE reserva para desarrollar determinados derechos fundamentales. Esta conclusión no procede sólo de la que, creo, es la interpretación más correcta del Estatuto, sino también, evidentemente con más fuerza, de lo que el Tribunal Constitucional ha dicho al respecto. En efecto, podemos deducir de la jurisprudencia constitucional (STC 173/1998, FJ 11.º) que entre los «elementos esenciales de la definición del derecho» que debe desarrollar la Ley Orgánica se encuentra, precisamente, su titularidad. Es cierto que, en general, el uso extensivo que ha hecho el TC de la reserva de Ley Orgánica para, según sus críticos, incrementar las posibilidades de intervención del Estado en materia de derechos fundamentales incluso en ausencia de títulos competenciales adecuados, ha sido objeto de una intensa litigiosidad y una fuerte contestación doctrinal, centrada, sobre todo, en la dificultad de deducir de la jurisprudencia constitucional un deslinde claro entre el sentido de la reserva del art. 81.1. CE y el título competencial del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE (ver a este respecto CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., 2007), una incertidumbre que seguiría 43

<sup>10</sup> Sobre el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, véase el comentario al art. 13.

abierto tras las SSTC 247/2007 y 31/2010 (sobre este aspecto en la primera de ellas, CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2008).

- 44 Pero la inclusión de la titularidad entre las materias que deberían considerarse «desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o "en cuanto tal"» (STC 173/1998, FJ 9.º) parece rodeada de un mucho mayor consenso doctrinal. Si se conviene que el sentido de la reserva del art 81.1 CE es adjudicarle al legislador orgánico la capacidad para precisar los elementos que «componen constitucionalmente» el derecho fundamental (VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., 2007, II, pág. 352), elementos que, por ello, deben estar vedados al legislador ordinario (tanto estatal como autonómico), parece lógico pensar que entre los mismos debe encontrarse la determinación de sus titulares (LUCAS MURILLO, E., 1999, pág. 27). La correspondiente extracción de este asunto de las materias sobre las que puede verter su capacidad de normación el Estatuto (y el resto de la legislación autonómica) se justificaría, pues, por la «centralidad» de la Ley Orgánica en estos derechos fundamentales (tomo el término de BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, pág. 61, que lo usa, sin embargo, en un sentido más amplio para atribuirlo, en general, al Estado).
- 45 En esos casos, por lo tanto, el derecho autonómico tiene vedado no sólo «limitar o reducir» (estos son los términos que emplea el art. 13, a cuyo comentario nos remitimos) los titulares de los derechos estatutarios que especifican derechos constitucionales, sino también ampliarlos. Aunque, como ya se ha dicho, la CAA podrá adicionar contenidos autonómicos al derecho constitucional, incluso si éstos se encuentran en la sección primera del Capítulo II del Título I CE, en puridad se trata de nuevas prestaciones que el Estatuto asocia a estos derechos, pero no de derechos nuevos (una adición «sin efectos constitutivos» en palabras de CARRILLO, M., 2007, pág. 58). Los contenidos adicionados seguirán teniendo como titulares los que su respectiva Ley Orgánica haya precisado para el derecho fundamental al que han sido añadidos.
- 46 En consecuencia, y como el propio art. 12 EAAAnd establece para los derechos fundamentales y las libertades públicas, no rige lo dispuesto como regla general por su primer inciso, de manera que la atribución de la parte estatutaria del derecho sólo a los nacionales, a todos (nacionales y extranjeros) los que tengan vecindad administrativa en la CAA, o a todas las personas, incluyendo las que, sin tener esa vecindad, pretendan ejercer algunas de las facultades o recibir algunas de las prestaciones que se asocian al derecho, dependerá en exclusiva de la Constitución y de su desarrollo por el legislador orgánico. Como también se ha dicho, no son muchos los derechos del Estatuto que pueden incluirse en este grupo. Entre ellos se encontrarían, por ejemplo, el derecho a la educación (art. 21 EAAAnd), que, como es evidente (y como el propio Estatuto reconoce), adiciona contenidos al derecho fundamental establecido en el art. 27 CE; los derechos a la especial protección contra la violencia de género (art. 16 EAAAnd) y al respeto a la voluntad vital anticipada (art. 20.1 EAAAnd), que son incardinables en el art. 15 CE, y las específicas manifestaciones estatutarias del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), que, por su concreto contenido, pues ya se sabe que no lo está siempre, puedan estar también reservadas a la Ley Orgánica (un listado de los mismos en RODRÍGUEZ, A., 2008, pág. 238 y ss).
- 47 La ausencia de desarrollo legislativo y de jurisprudencia sobre las consecuencias que la naturaleza estatutaria acarrea para los derechos establecidos por el Estatuto de Andalucía (y los demás Estatutos reformados), y la consecuente falta de contraste (y

retroalimentación) de la doctrina existente con las decisiones del legislador y de los tribunales, obliga a situar todavía gran parte de lo que rodea a estos derechos en grandes zonas de penumbra. Aun así, y con el exclusivo ánimo de recapitulación de todo lo dicho hasta aquí, puede aventurarse el siguiente esquema en cuanto a la relación entre su titularidad y la de los derechos constitucionales: el punto de partida debe ser que los titulares de los derechos y de los principios rectores establecidos en la Constitución los determina, respetando lo que la propia CE pueda establecer al respecto, el legislador orgánico, cuando existe esa reserva de desarrollo, o el legislador ordinario, estatal o autonómico, que tenga los títulos competenciales para ello. A partir de ahí, pueden darse, en relación con los derechos estatutarios, tres tipos distintos de situaciones. En primer lugar, cuando el EAAAnd adiciona un contenido a un derecho constitucional sometido a reserva de Ley Orgánica, el titular de ese contenido deberá ser, necesariamente, el dispuesto por aquélla; no caben aquí ni reducciones ni ampliaciones. En segundo lugar, cuando adiciona un contenido a un derecho constitucional excluido de esa reserva, o a un principio rector, los titulares del mismo serán siempre las personas con vecindad administrativa en la Comunidad. Ello no puede impedir, sin embargo, que la propia Constitución (en el caso de que se trate de un derecho vinculado a la dignidad de las personas), el legislador estatal o incluso el propio legislador autonómico (siempre si cuentan con los títulos competenciales adecuados) amplíen el círculo de sus titulares a personas que carezcan de esa vecindad. Aunque esas personas no puedan considerarse, formalmente, titulares del derecho estatutario, tendrán igualmente derecho a recibir las prestaciones que se le asocian, en virtud de lo que establezca la propia Constitución (en este caso, con más fuerza) o de lo que haya dispuesto el legislador competente. En tercer y último lugar, los derechos estatutarios que no tienen ningún reflejo en la Constitución (lo que significa que no se vinculan, en el estado actual de nuestra jurisprudencia constitucional, con el principio de dignidad humana) tienen como únicos titulares, como el art. 12 EAAAnd dispone, a los que poseen la vecindad administrativa en la Comunidad. También en este caso, sin embargo, el legislador autonómico podría, en principio, ampliar su círculo.

### III. La igualdad de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado

La igualdad ante la ley de los españoles no sólo se garantiza, como derecho fundamental constitucional, por el art. 14 CE, sino que tiene también un reflejo, especialmente relacionado con la cuestión de los derechos estatutarios, en el art. 139.1 CE, según el cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». El inconveniente que presentan estas dos disposiciones constitucionales es su escasa idoneidad, como todos los preceptos que prohíben un trato discriminatorio, para servir de canon de enjuiciamiento cuando ese trato proviene no de uno sino de varios ordenamientos. El problema sería (en palabras de DE OTTO, I., 1986, pág. 152) «que no es posible comparar entre sí a individuos sometidos a ordenamientos distintos». En principio, el art. 139.1 CE parecería mucho más adecuado para remediar este tipo de situaciones, pues su ubicación sistemática en la Constitución (al principio del Título VIII) permite concebirlo con facilidad como la norma constitucional a esgrimir cuando se produjera una discriminación entre españoles por una regulación divergente en las comunidades autónomas. Pero su dicción literal no es, sin embargo, especialmente afortunada y el propio Tribunal Constitucional cambió tempranamente una primera interpretación según la cual los derechos fundamentales no

48

estaban «afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado», y que consideraba que el art. 139.1 CE estaba llamado a garantizar un «status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles» (STC 25/1981, FJ 5.º), por otra más acorde con la diversidad normativa propia del Estado autonómico<sup>11</sup>.

- 49 En esta segunda línea jurisprudencial, el TC descartó, por incompatible con la organización territorial del Estado como Estado autonómico, la interpretación literal del art. 139.1 CE, y aclaró, inaugurando así la que sería la línea dominante en su jurisprudencia, que esta disposición no exigía una «rigurosa y monolítica uniformidad» en todo el territorio nacional (STC 37/1981, FJ 2.º), pues tal cosa «sería contraria a la autonomía reconocida en el art. 2 CE» (STC 37/1987, FJ 10.º). Por su parte, las SSTC 247/2007 y 31/2010 han reiterado que, así entendido, el art. 139.1 CE es, desde luego, un límite constitucional de la diversidad normativa a la que, incluso por obra de los propios Estatutos, podrían conducir normas autonómicas que regularan de manera excesivamente distintos derechos de los españoles. Desde este punto de vista, el art. 139.1 CE sigue operando como canon de control de la desigualdad a la que puede llevar la diversidad de normas autonómicas, pero teniendo en cuenta que este precepto «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» (STC 247/2007, FJ 13.º).
- 50 El entendimiento del art. 139.1 CE que aquí interesa no es, sin embargo, el que concibe esta disposición constitucional como una interdicción de la excesiva disparidad que puede producirse entre españoles porque sus derechos se regulen de manera intolerablemente distinta por cada Comunidad Autónoma, sino (siguiendo en esto también a DE OTTO, I., 1986, pág. 148 y ss, para el que éste sería el único sentido que se le puede atribuir, ya que no sería posible deducir de él ningún tipo de límites a la diversidad normativa de las comunidades autónomas) su elección como parámetro de control de otro tipo de trato discriminatorio entre españoles, el que puede infligir una sola Comunidad Autónoma al aplicar un criterio territorial para establecer quiénes son los titulares de los derechos que se establecen en su ordenamiento (dos visiones del art. 139.1 CE cuya presencia simultánea en la STC 247/2007, respectivamente, en el FJ 4.º y el FJ 13.º, supone para CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2008, pág. 121 y ss, querer hacer compatibles dos orientaciones jurisprudenciales que no lo son). El canon constitucional del art. 139.1 CE se aplicaría ahora, no para controlar si un español (X) tiene en una Comunidad Autónoma (A) derechos excesivamente distintos de los que tiene un español (Y) en otra Comunidad Autónoma (B), sino para dilucidar si ambos son tratados de manera igualitaria, tanto por la Comunidad Autónoma (A) como por la Comunidad Autónoma (B). Es en este sentido que podemos hablar de esta disposición constitucional como «un mandato de igualdad de todos los españoles ante cada ordenamiento autonómico» (DE OTTO, I., 1986, pág. 153), cuya utilidad no sería erigir límites constitucionales a la diversidad, sino al trato desigual que podría darse dentro de

---

<sup>11</sup> Este primer posicionamiento mereció la crítica de buena parte de la doctrina, véase, por ejemplo, DE OTTO, 1986, págs. 159-162, o BARCELÓ, 1991, pág. 70; pero véase también el sentido, distinto, en que se ha interpretado más atrás en el texto la propia STC 25/1981, y las apreciaciones positivas sobre ella de SOLOZÁBAL, 2008, pág. 321, o LÓPEZ MENUDO, 2009, pág.35.



regímenes legítimamente diversos entre sí (garantizando así, en palabras de VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2007, pág. 230, la «igualdad en la diversidad»).

Los problemas que ha originado la interpretación del art. 139.1 CE, que sólo es coherente con la propia organización territorial dispuesta por la CE forzando su propia literalidad (al precio de «hacerle decir lo que no dice», CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2007, pág. 84), habrían hecho caer en desuso esta disposición constitucional (en un «piadoso olvido», CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2008, pág. 122), haciendo recaer el interés doctrinal en otras que podrían equivaler funcionalmente a ésta, principalmente (aunque ya PEMÁN GAVÍN, J., 1992, pág. 144, propusiera preterirlo a favor del art. 14 CE) en el art. 149.1.1.ª CE. Este cambio de enfoque no se debe, sin embargo, a que esta última disposición sea más fácil de interpretar, sino sólo a que contiene un título competencial –algo de lo que el art. 139.1 CE carece, y que es, sin duda, la principal razón de su escasa utilidad práctica– y, por lo tanto, habilita al Estado para aprobar normas. De manera que, aunque no es el completo equivalente funcional del art. 139.1 CE, el art. 149.1.1.ª CE tiene un radio de acción mucho más eficaz, al menos a corto plazo, puesto que el primero sólo puede esgrimirse como canon de constitucionalidad ante los tribunales, pero no para legitimar una intervención del legislador estatal. Puede que hacer girar el control de la diversidad normativa autonómica en materia de derechos en torno a esta última disposición introduzca un desenfoque excesivamente «competencialista» en la cuestión (a ello apunta VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2007, II, pág. 333); pero, en cualquier caso, la opinión doctrinal más extendida sobre el art. 139.1 CE es considerarlo, por esta u otra razón, un precepto «superfluo» (un último ejemplo en CANOSA USERA, R., 2009, pág. 105).

Ahora bien, si se entiende el art. 139.1 CE como el encargado de establecer expresamente un principio constitucional de igualdad entre los españoles en cuanto al ejercicio de derechos en todo el territorio (igualdad «con independencia de su lugar de residencia», LUCAS MURILLO, E., 1999, pág. 19), lo cierto es que la aparición de los derechos estatutarios augura nuevas oportunidades para su aplicabilidad. Efectivamente, esa función como canon de igualdad intraautonómica parece idónea para dilucidar la compatibilidad con la Constitución del diferente trato territorial entre españoles que suponen los derechos establecidos por el EAAAnd y por otros Estatutos reformados. Éste podría ser el caso de derechos que, aplicando el criterio de titularidad del art. 12 EAAAnd, podrían negarse a ciudadanos españoles sólo por el hecho de no tener la vecindad administrativa en Andalucía (lo que constituiría para RUIZ-RICO, C., 2008, pág. 81, un auténtico riesgo de «marginación de los españoles sin vecindad administrativa andaluza»). Está claro que, como siempre que se trata de dilucidar una discriminación, lo decisivo es plantearse si el trato desigual supera los distintos elementos del test de razonabilidad: la legitimidad del objetivo perseguido, la idoneidad de la medida adoptada y la proporcionalidad de sus efectos. En principio, la aplicación de este test permite descartar que todo trato desigual por razón de la vecindad administrativa sea, *per se*, discriminatorio (como sí serían otros igualmente ligados al territorio, como, por ejemplo, el nacimiento, DE OTTO, I., 1986, pág. 155). De hecho, el propio TC ha establecido (como recuerda a este respecto CÁMARA VILLAR, G., 2008, pág. 23) que las diferencias de trato en relación con los derechos fundamentales pueden ser aceptables «cuando muestren un fundamento razonable atendiendo al criterio adoptado para la diferenciación y finalidad

perseguida» (STC 60/1987, FJ 2.º). La cuestión es hasta qué punto este principio puede aplicarse cuando el criterio para el trato diferente tiene carácter territorial<sup>12</sup>.

53 El trato desigual por razón de la vecindad administrativa que supone considerar a los no vecindados en un municipio andaluz excluidos de la titularidad de los derechos estatutarios debería reputarse razonable siempre que la condición de vecino pudiera erigirse en necesario punto de conexión para poder administrar eficazmente la prestación en la que el derecho consiste (por ejemplo, cuando su ejecución se lleve a cabo por la Administración municipal), o cuando, incluso aunque la prestación pueda deslocalizarse (por ejemplo, porque consista en una ayuda o subvención económica), y dado su carácter continuado en el tiempo, el de la vecindad fuera el único criterio aplicable para evitar el disfrute simultáneo y fraudulento de varias prestaciones similares en diversas partes del territorio cuando sólo se puede tener derecho a una de ellas. Conviene igualmente recordar que el Estatuto no impide que el legislador andaluz extienda, si lo considera necesario, la titularidad del derecho también a los que no son vecinos, lo que podría resolver las posibles discriminaciones en casos de españoles que tuvieran una segunda residencia en un municipio de la Comunidad Autónoma en el que sin embargo no estuvieran empadronados y a la que pudieran vincularse prestaciones autonómicas que el Estatuto consagra como derechos. Además, los problemas que pudieran aún subsistir por excluir de determinados servicios o prestaciones a visitantes o transeúntes podrían ser objeto de mecanismos de cooperación entre comunidades autónomas o de regulación básica, si existe la competencia, por el Estado. En definitiva, la razonabilidad del criterio de vecindad para delimitar la titularidad de un derecho estatutario decrece a medida que la prestación a la que éste da derecho pierde carácter continuado para volverse puntual en el tiempo y desaparece prácticamente por completo (CANOSA USERA, R., 2009, pág. 129) cuando el derecho no tiene carácter prestacional y sólo implica un «no hacer» por parte de la Administración autonómica. Pero, precisamente en estos casos, el derecho estatutario no suele ser sino un contenido adicional de un derecho o un principio constitucional, con los efectos ya estudiados para la titularidad de los mismos.

54 Para finalizar, hay que recordar que la vecindad administrativa podría suscitar otro tipo de problemas constitucionales, relacionados no ya con la razonabilidad de su aplicación como criterio para ser titular de determinados derechos prestacionales en Andalucía, sino con las libertades constitucionales de circulación y residencia (art. 19 CE). Estos derechos constitucionales se conculcarían de manera directa si se pusiera cualquier tipo de trabas a los españoles para adquirir la vecindad administrativa en cualquier municipio del territorio nacional, lo que, como se dijo, escapa a las competencias no sólo locales, sino autonómicas, por lo que sólo podría ser fruto de la acción legislativa del

<sup>12</sup> Hay que tener en cuenta que el efecto del art. 139 CE podría muy bien ser (en este sentido, PEMÁN, J., 1992, pág. 144) el de convertir los criterios territoriales como sustentadores de diferencias entre españoles en categorías altamente sospechosas, con un efecto parecido a las que, en el mismo sentido, contempla el art. 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión u opinión). Ello supondría que una diferencia de trato basada en un criterio territorial sólo podría reputarse no discriminatoria si se demostrara, de manera clara e incontrovertible, la razonabilidad de su establecimiento. Más radical se muestra VILLAVERDE, I., 2007, II, pág. 327, para el que la «ubicación territorial» del ciudadano, en la que incluye su «procedencia o residencia», es «una condición personal cuyo uso como criterio de diferenciación es prohibido por la Constitución democrática»; ÁLVAREZ CONDE, E., 2007, pág. 390, se limita a decir que la exclusión de los que carezcan de vecindad administrativa «no deja de plantear problemas jurídicos importantes».

Estado. Pero también si, además de la vecindad administrativa (que, recordemos, se adquiere en el mismo momento de la inscripción en el padrón), el legislador autonómico exigiera a un ciudadano español haber ostentado durante un determinado tiempo la condición de vecino para poder ejercer los derechos que le concede el Estatuto. Aunque se trata de requisitos que se dan con relativa frecuencia, en esos casos estaríamos ante un trato discriminatorio indirecto atentatorio contra los arts. 131.1 y 19 CE. Como es propio de las discriminaciones indirectas, se trataría de requisitos, en este caso el de temporalidad, que se aplicarían formalmente por igual a todos los españoles, pero que, como es evidente, tendrían efectos sólo sobre los que, en ese tracto de tiempo, hubieran ejercido su derecho fundamental a fijar su residencia en el municipio (en este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., 2009, pág. 152). Desde la entrada en vigor del Estatuto andaluz, la instauración de requisitos de esta naturaleza, tanto a nacionales como a extranjeros, vulneraría también lo dispuesto por el art. 12 EAAnd, que no permite condicionamientos temporales añadidos al momento de la adquisición de la vecindad administrativa para poder ser titular de los derechos estatutarios.

#### **IV. El derecho estatutario de participación en los asuntos públicos (remisión)**

Como ya se ha dicho, el art. 12 EAAnd también contempla una serie de particularidades para los sujetos titulares del derecho estatutario de participación, que se estudian en el comentario al art. 30 EAAnd. 55

**Artículo 13. Alcance e interpretación de los derechos y principios**

*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.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20097])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21058]).

***Artículo 13. Interpretación de los derechos y principios***

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

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23649]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

***Artículo 13. Interpretación de los derechos y principios***

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

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 5]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 201]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 253]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 305]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 93]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 37.4); Aragón (art. 6.3); Baleares (art. 13.3); Castilla y León (art. 8.3).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

**E. JURISPRUDENCIA**

STC 61/1997 FJ 7.º  
 STC 247/2007 FF.JJ. 3.º al 17.º  
 STC 31/2010 FF.JJ. 7.º, 16.º-18.º, 20.º, 26.º, 59.º y 60.º

**F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

ÁLVAREZ OSSORIO, Fernando: «Pareceres», en TEROL BECERRA, M. (Ed.): *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y Políticas Públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 73-82.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, y Barceló i SERRAMALERA, Mercè, «Los derechos públicos estatutarios», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 13-35.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: «Alcance e interpretación de los derechos. Las cláusulas de limitación competencial y de salvaguardia del nivel constitucional e internacional de protección», en BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 53-62.

—: «La reforma del Estatuto», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Eds.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Cívitas, Madrid, 2008, II, págs. 1252-1276.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: «Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3 (2007), en línea en [www.iustel.com](http://www.iustel.com). (Consultado el 20 de junio de 2011)

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1.ª CE*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: «Los espejismos de la tabla de derechos», en FERRERES, V., BIGLINO, P., y CARRILLO, M.: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 39-62.

—: «Derechos Fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14 (2003), págs. 45-68.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel: «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1.ª CE», en VV.AA.: *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, págs. 83-112.

—: «La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7 (2008), págs. 106-144.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la

Comunidad Valenciana», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85 (2009), págs. 259-298.

CARRILLO LÓPEZ, Marc: «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80 (2007), págs. 49-73.

COLLINS, Ronald K. L., y GALLIE, Peter J.: «Models of post-incorporation judicial review: 1985 survey of State Constitutional individual rights decisions», en *Publius. The Journal of Federalism*, núm. 16, vol. 3 (1986), págs. 11-139.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5 (2008), en [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

EXPÓSITO, Enriqueta «Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27 (2011), págs. 481-502.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto: «Los derechos fundamentales en el ordenamiento autonómico del País Vasco», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 46-47 (1985), págs. 111-151.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», en VV.AA.: *Derechos sociales y Estatutos de autonomía, Denominaciones de origen, Nuevo Estatuto del PDI Universitario. Actas del IV Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo*, Lex Nova, Madrid, 2009, págs. 13-112.

LUCAS MURILLO, Enrique: «Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 46 (1999), págs. 11-38.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Eficacia y garantía de los derechos», en BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 91-114.

RODRÍGUEZ, ÁNGEL: *Integración europea y Derechos Fundamentales*, Cívitas, Madrid, 2001.

—: «Capítulo IV. Garantías de los derechos estatutarios», en TEROL BECERRA, M. J. (Ed): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 141-156.

RUBIO LLORENTE, Francisco: Respuesta a la «Encuesta sobre la dinámica del sistema autonómico», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3 (1999), págs. 15-52.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22 (2008), págs. 315-335.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «La función de los derechos fundamentales en el marco del Estado de las Autonomías», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5 (2007), I, págs. 203-240.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA LIMITACIÓN *AD EXTRA* DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS ESTATUTARIOS. I. Centro y periferia en la protección de los derechos fundamentales. II. Las cláusulas horizontales de la CDFUE III. Las cláusulas competencial y de mínimo estándar en la jurisprudencia constitucional. C. LA CLÁUSULA COMPETENCIAL. I. Derechos estatutarios y competencias autonómicas. II. La exigencia de un título competencial para proveer prestaciones derivadas de derechos estatutarios. III. Cláusula competencial e «incorporación» de los derechos estatutarios. D. LA CLÁUSULA DE MÍNIMO ESTÁNDAR. I. El estándar mínimo y los contenidos estatutarios adicionales de los derechos constitucionales. II. La «zona constitucional» del parámetro de mínimos. III. Estándares y competencias: los derechos estatutarios ante los títulos competenciales estatales.

### A. INTRODUCCIÓN

- <sup>1</sup> El art. 13 EAAAnd es el segundo del capítulo dedicado a las «disposiciones generales» sobre los derechos sociales, deberes y políticas públicas del Título I. Bajo la rúbrica de «alcance e interpretación de los derechos y principios», contiene (aunque en una disposición unitaria, no dividida en apartados) dos cláusulas bien distintas. La primera cláusula tiene un carácter competencial, estableciendo, del modo que se verá, una determinada relación entre los derechos y principios estatutarios y las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, CAA). La segunda cláusula introduce (por segunda vez: se hizo ya, aunque con otro sentido, en el art. 9; véase el comentario a esta disposición) un principio de «mínimo estándar», esta vez para disciplinar la relación entre los derechos y principios del Estatuto y los reconocidos por la Constitución o los textos internacionales ratificados por España.
- <sup>2</sup> Puede, pues, decirse que la función esencial del art. 13 es marcar las fronteras «hacia arriba» de la declaración de derechos del Estatuto, estableciendo las limitaciones *ad extra* de los derechos y principios estatutarios, es decir, definiendo el modo en el cual el entendimiento de éstos se condiciona a lo dispuesto por la CE, tanto en relación con las competencias autonómicas como en cuanto al debido respeto de los derechos constitucionales. Más adelante, ya en el capítulo cuarto de este Título I, dedicado a las garantías de los derechos y principios, el Estatuto establecerá también las líneas maestras de ese régimen jurídico *ad intra* o «hacia abajo», es decir, en relación con los poderes públicos de la CAA, en particular con el legislador autonómico (véase el comentario al art. 38). Por otra parte, y como también se verá, lo establecido por el art. 13 sobre la relación entre el régimen de los derechos estatutarios, la distribución constitucional de competencias y los propios derechos constitucionales ha sido determinante a la hora de decantar a la jurisprudencia constitucional por declarar la constitucionalidad de las declaraciones estatutarias de derechos (sobre las mismas, véase, en general, el comentario al art. 12), sin duda una de las novedades más significativas de los Estatutos reformados a partir de la VIII Legislatura de la Cortes Generales (citados en adelante como «Estatutos reformados»).



El presente comentario se divide en tres apartados, dedicados, respectivamente, a la cláusula competencial, a la de mínimo estándar y, antes, al origen común de ambas, concebidas conjuntamente como límites, en el sentido indicado, de los derechos consagrados por el Estatuto. Así, veremos, en primer lugar, el proceso de gestación de esta disposición estatutaria, fijándonos en las semejanzas y diferencias que tiene con respecto a las que pueden considerarse su precedente inmediato, las denominadas «cláusulas horizontales» de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (citada en adelante como CDFUE o la Carta) y analizando el papel que su transposición al Estatuto tuvo en la primera jurisprudencia constitucional sobre los derechos estatutarios<sup>1</sup>. En segundo lugar, analizaremos la relación que la cláusula competencial establece entre derechos estatutarios y competencias autonómicas, su exigencia de que las prestaciones asociadas a los derechos tengan su propio título competencial y la naturaleza de la tendencia a un incremento competencial basado sólo en derechos y sin títulos competenciales habilitantes que pretende limitar. En tercer lugar, se estudiará la cláusula de mínimo estándar constitucional, analizando el sentido que ha querido darle el estatuyente y la complejidad del canon con respecto al cual se aplica, pues éste puede incluir, por un lado, el contenido propiamente constitucional de los derechos establecidos en la CE y, por otro lado, el régimen jurídico de los mismos que, en su caso, establezca el Estado en virtud de los títulos competenciales que pueda poseer al respecto.

## B. LA LIMITACIÓN *AD EXTRA* DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS ESTATUTARIOS

### I. Centro y periferia en la protección de los derechos fundamentales

Ya se ha dicho que al emplear la expresión de limitación *ad extra* de los derechos del Estatuto en relación con el art. 13 EAA and nos referimos a la vocación de esta disposición estatutaria de regular cómo los derechos y principios estatutarios se relacionan con el marco constitucional, disponiendo una serie de condicionantes para su correcto «alcance e interpretación». En la medida en que es el propio Estatuto el que establece los límites «hacia arriba» de la declaración estatutaria de derechos, estos condicionantes pueden ciertamente calificarse de «cláusulas autolimitativas» (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 21), y ello aunque sólo una de ellas, la de mínimo estándar, fuera aprobada por el Parlamento de Andalucía, ya que la primera cláusula, la competencial, fue introducida con posterioridad por las Cortes Generales. En todo caso, el precedente inmediato de ambas se encuentra, como se ha dicho, en la CDFUE, en cuyo texto se inspiraron tanto la propuesta del Parlamento como la enmienda de las Cortes.

El análisis de las denominadas «disposiciones horizontales», alojadas en el Título VII de la Carta, es ciertamente muy ilustrativo de lo que se pretendió al introducir estas cláusulas en el Estatuto, pues permite resaltar las semejanzas (muy

<sup>1</sup> Las llamadas «cláusulas horizontales» de la CDFUE están en su Título VII, que recoge las «disposiciones generales que rigen en la interpretación y la aplicación de la Carta». De una de ellas toma el art. 13 EAA and su propia denominación, «Alcance e interpretación de los derechos y principios», aunque esa rúbrica coincide con la del art. 52 CDFUE, uno de los que, como se ve a continuación, no se trasladan al Estatuto.

destacadas, en general, por la doctrina), pero también las diferencias en cuanto al modo de garantizar en ambos contextos los derechos que respectivamente se establecen. Una de las diferencias más significativas afecta a la posición relativa del Estado. Es cierto que tanto en las cláusulas del Título VII de la CDFUE como en las del art. 13 EAAAnd late la misma voluntad de defensa de la centralidad del Estado-Nación, de «salvaguardar su papel esencial de regulador de los derechos» (BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, pág. 61, I). El objetivo es, pues, el mismo, tanto en el contexto del proceso de integración europea como en el de nuestra descentralización territorial: mantener el Estado como «ámbito constitucional de regulación de los derechos fundamentales y de la interacción entre ordenamientos» (BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, pág. 1260, II). Pero que el Estado siga situado en el centro en la protección de los derechos fundamentales no impide que sea distinto su papel en las diversas dinámicas centrípetas y centrífugas que, como en todo proceso de integración jurídica, también se generan en esta materia.

- 6 Cuando la protección constitucional estatal de los derechos fundamentales se relaciona con la que dispensa la CDFUE, el reforzamiento del centro –el Estado– implica paradójicamente una tendencia centrífuga, puesto que se hace a costa de limitar el papel homogeneizador de la Carta; la centralidad del Estado significa en ese contexto, en realidad, un reforzamiento de la periferia. Pero cuando ponemos en conexión la protección estatal de los derechos con las declaraciones estatutarias ocurre justo al revés: la expansión del derecho constitucional del Estado es, en esa relación, una consecuencia de las dinámicas centrípetas, donde los derechos estatutarios actúan ahora, como ocurría con el derecho estatal en el contexto anterior, como norma generadora de dinámicas centrífugas.
- 7 Aunque la diferente posición del centro y de la periferia no es, ni mucho menos, el único dato a tener en cuenta al estudiar las relaciones entre las declaraciones de derechos a nivel europeo, estatal y autonómico, no debe desconocerse a la hora de estudiar los efectos que puede tener la introducción de lo dispuesto para su propio ámbito por la CDFUE en un ámbito distinto, nuestro derecho estatutario. Dada la existencia de diferentes escalas, propias del marco jurídico «multinivel» en el que en la actualidad se establecen los derechos fundamentales y se aplican sus mecanismos de protección, no es, pues, metodológicamente correcto transponer mecánicamente la posición del derecho constitucional estatal cuando actúa en uno y otro contexto.
- 8 En otras palabras, será preciso tener en cuenta que el precedente en el que se basa el art. 13 EAAAnd (y disposiciones similares de otros Estatutos reformados) a la hora de definir los límites *ad extra* de los derechos estatutarios procede de un texto que aborda su relación con el derecho constitucional estatal como una relación «hacia abajo» (centrífuga), mientras que la relación con éste del Estatuto es, en sentido inverso, una relación «hacia arriba» (centrípeto).

## II. Las cláusulas horizontales de la CDFUE

- 9 En 2000, tras casi cincuenta años de funcionamiento sin que ninguna norma en el derecho de la Unión contemplara expresamente los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos al más alto nivel, la UE aprobó por fin su propia declaración de derechos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea original fue primero un documento solemnemente proclamado pero de dudoso carácter normativo;

después, y tras importantes modificaciones, una parte integrante del fallido proyecto de Constitución Europea y, finalmente, con la entrada en vigor de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, una norma de la Unión con plena eficacia jurídica y el mismo rango que el TUE y el TFUE. Pero el complejo procedimiento de elaboración de la Carta y de su progresiva consolidación como norma de derecho europeo originario coincidió en el tiempo con la consolidación del principio de subsidiariedad como freno del continuo incremento de competencias de la Unión y con el auge de las posturas euroescépticas y neoliberales en algunos Estados miembros, que temían que una declaración europea con una notable presencia de derechos sociales condicionara en exceso las políticas económicas nacionales. Todo ello influyó en los límites que la propia Carta estableció sobre sus efectos.

Las cuatro disposiciones generales de carácter horizontal de su Título VII contemplan, en este sentido, una serie de cautelas: declaran, en primer lugar, que ninguno de los derechos vincula directamente a los Estados miembros (art. 51.1 CDFUE) ni suponen una ampliación de las competencias de la Unión (art. 51.2 CDFUE). En segundo lugar, establecen los principios de proporcionalidad y contenido esencial en el desarrollo de los derechos, las condiciones para la accionabilidad jurisdiccional de los principios y la incidencia que en todos ellos tienen el resto del derecho originario de la Unión, la CEDH y las tradiciones constitucionales comunes (art. 52 CDFUE). En tercer lugar, disponen que, en ningún caso, los derechos de la Carta pueden implicar una reducción de la protección dispensada por las Constituciones nacionales (art. 53 CDFUE). Y, por último, prohíben el abuso de derecho (art. 54 CDFUE). Es, pues, evidente, que al igual que el art. 13 EAAand, todas estas disposiciones de la Carta tienen una clara vocación «autolimitativa». Pretenden, en resumidas cuentas, hacer compatible la aprobación de una declaración de derechos con la introducción de contrapesos que frenaran su eventual fuerza expansiva (sobre todo ello, permítaseme remitirme a RODRÍGUEZ, A., 2001, pág. 241 y ss). Algunas de ellas, aunque no todas, inspiraron las cláusulas que en los Estatutos reformados pretenden alcanzar ese mismo objetivo en relación con los derechos estatutarios. 10

A pesar de que el primero de los Estatutos reformados que se aprobó, el de la Comunidad Valenciana, establecía un derecho (el derecho al agua), que a la postre resultaría polémico y que originaría el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre los nuevos derechos estatutarios (STC 247/2007), lo cierto es que el debate de su reforma en las Cortes Generales no condujo en ninguna de ambas Cámaras a enmiendas significativas sobre el alcance general de las declaraciones estatutarias de derechos. La situación fue muy distinta cuando se debatió la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), el primero que presentaba una declaración pormenorizada y con sus propios mecanismos de garantía. Así, entre las numerosas enmiendas a la propuesta de reforma que se aprobaron en las Cortes, un buen número de ellas afectaron al nuevo título sobre derechos, deberes y principios rectores, entre las que conviene ahora destacar las introducidas en el art. 37 EAC, al que la Comisión Constitucional del Congreso añadió dos nuevos apartados, que permanecerían ya invariables en el texto definitivo: el primero de ellos para precisar que los derechos estatutarios vinculan a los poderes públicos de Cataluña, pero no (a excepción de los lingüísticos) a la Administración General del Estado en la Comunidad Autónoma; el 11

segundo, para insertar una cláusula competencial y otra de mínimo estándar, prácticamente con el mismo tenor que las que del art. 13 EAAAnd<sup>2</sup>.

- 12 El debate en las Cortes sobre la propuesta de reforma catalana condicionó, también a este respecto, el que habría de tener lugar sobre la reforma del Estatuto andaluz, si bien en este segundo caso hubo algunas diferencias significativas con respecto a la introducción de las tres cláusulas «autolimitativas»: en primer lugar, no fue necesario enmendar el proyecto de reforma andaluza en relación con el sujeto pasivo de los derechos, ya que, ausentes del texto estatutario los derechos lingüísticos, la propuesta aprobada en el Parlamento de Andalucía especificaba ya que los sujetos pasivos de los derechos estatutarios serían, además de (en su caso) los particulares, sólo los «poderes públicos andaluces» (véase el comentario al art. 38). La cláusula de mínimo estándar estaba también presente, como ya se ha dicho, en la propuesta andaluza, conviene ahora precisar que desde el primer momento, además con el mismo tenor literal que el que posteriormente las Cortes introdujeron en el texto catalán<sup>3</sup>. La cláusula competencial, sin embargo, fue, al igual que en el proyecto de reforma del Estatuto de Cataluña, introducida completamente *ex novo* por las Cortes, que enmendaron el art. 13 EAAAnd con un añadido literalmente idéntico al aprobado para el art. 37 EAC.
- 13 No conviene dejar de mencionar, para terminar este repaso de la influencia de la CDFUE en las cláusulas que establece el art. 13 EAAAnd, las disposiciones horizontales de la Carta que *no* se introdujeron en el Estatuto andaluz: la recepción se limitó, como se acaba de ver, al apartado segundo del art. 51 CDFUE (precedente de la cláusula competencial introducida por las Cortes) y al art. 53 CDFUE (precedente de la cláusula de mínimo estándar que ya había introducido, antes, el Parlamento). Hay otras influencias de la Carta Europea en otros apartados del Estatuto, pero quedan fuera en todo caso algunas otras disposiciones horizontales de su Título VII, que están por lo tanto en la Carta pero no en el Estatuto andaluz (ni en ninguno de los reformados)<sup>4</sup>. Es

---

<sup>2</sup> Se trata de los apartados primero y cuarto del art. 37 EAC, cuyo tenor literal es el siguiente: «1. Los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares. Las disposiciones dictadas por los poderes públicos de Cataluña deben respetar estos derechos y deben interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para su plena efectividad. Los derechos reconocidos en los artículos 32 y 33 vinculan también a la Administración General del Estado en Cataluña [...] 4. 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. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

<sup>3</sup> Lo que permite sugerir que la propuesta de reforma andaluza ejerció en este punto una importante influencia en la enmienda que sobre el particular las Cortes introdujeron en la catalana. Téngase en cuenta que la cláusula de mínimo estándar constitucional estaba ya en el texto de la primera proposición de reforma, presentado al Parlamento andaluz en febrero de 2006, mientras que la enmienda al texto catalán se introdujo por las Cortes Generales en el mes de marzo de ese año. De ser cierta esta hipótesis, la evidente influencia que el texto catalán tuvo en el andaluz en muchas otras de sus disposiciones se vería aquí matizada, en sentido contrario, por lo ocurrido con ésta.

<sup>4</sup> La influencia de la CDFUE en el texto estatutario se puso ya de manifiesto en el Dictamen sobre la reforma del Estatuto del Consejo Consultivo (Dictamen 72/2006, de 10 de marzo, sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía), que, sin embargo, no se pronunció sobre la conveniencia de inspirarse en sus disposiciones horizontales, ni sobre la necesidad de introducir lo que finalmente sería la cláusula competencial sobre los derechos. Tampoco se encuentra ningún

particularmente interesante la omisión en nuestro derecho autonómico de lo dispuesto por el art. 51.1 CDFUE en relación con la vinculación de los Estados miembros de la Unión a los derechos de la Carta. Sobre ello volveremos más adelante.

### III. Las cláusulas competencial y de mínimo estándar en la jurisprudencia constitucional

Que los derechos estatutarios sólo puedan proyectarse sobre materias en las que las comunidades autónomas tengan atribuidas las competencias correspondientes y que no puedan en ningún caso aminorar los derechos constitucionales han sido principios que han jugado un papel destacado en las sentencias en las que, hasta el presente, el TC se ha pronunciado directamente sobre la constitucionalidad de los nuevos Estatutos reformados, la STC 247/2007, sobre la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana (EAV), y la STC 31/2010, sobre la reforma del Estatuto de Cataluña (EAC). Ambas conceden gran importancia a estas dos limitaciones de los derechos estatutarios, si bien pueden encontrarse entre ellas diferencias significativas. 14

En primer lugar, debe recordarse que tanto la cláusula competencial como la de mínimo estándar se introducen en los Estatutos reformados sólo a partir del de Cataluña (además de en el art. 37.4 EAC y en el art. 13 EAAnd están presentes en el art. 6.3 EAAr, el art. 13.3 EAIB y el art. 8.3 EAEL). Pero, aunque no estaban en el EAV, reformado con anterioridad, la STC 247/2007 las dio por supuestas. Como se sabe, en esta sentencia el TC elaboró, antes de concluir que las declaraciones estatutarias de derechos eran compatibles con la Constitución, una serie de «consideraciones de orden general» (así se califican en el FJ 3.º) que se desarrollaron «con cierta extensión» (entre los FF.JJ. 4.º al 17.º), al término de las cuales el TC concluyó que esas declaraciones figuraban entre los contenidos constitucionalmente posibles de los Estatutos de Autonomía. Para ello, el TC hizo una interpretación amplia del carácter de los Estatutos como «norma institucional básica» de las comunidades autónomas (art. 147.1 CE) y extendió el principio dispositivo, que hasta ese momento había regido en los aspectos competenciales e institucionales, a las relaciones entre los poderes e instituciones autonómicas con los ciudadanos (STC 247/2007, FF.JJ. 5.º y 12.º; véase al respecto de todo ello el comentario al art. 12). Pero, al mismo tiempo, la legitimidad constitucional de los derechos estatutarios se condicionó a una serie de requisitos que fueron en la misma dirección que lo dispuesto por las dos cláusulas, la competencial y la de mínimo estándar, que se incluirían en los Estatutos reformados con posterioridad. 15

El punto de partida del Tribunal no fue otro que la doctrina que hasta ese momento se había venido elaborando en su propia jurisprudencia sobre la relación entre los derechos constitucionales y la ley autonómica. Según ahora se reitera, ésta podrá, al regular determinadas materias, incidir en «las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles» (vale decir, en los derechos constitucionales), pero sólo «si se han asumido competencias sobre las mismas» (las materias) y siempre que se respete la «igualdad fundamental en la materia de que se trate» [STC 247/2007, FJ 4.º c)]. Esa igualdad fundamental se deduce de determinados principios constitucionales, particularmente del que consagra el art. 139.1 CE, y suponen un condicionamiento en el 16

---

pronunciamiento a este respecto en el Dictamen 269/2005 de 1 de septiembre, del Consejo Consultivo de Cataluña.

despliegue del principio de autonomía, «pero no pueden desvirtuarlo» (STC 247/2007, FJ 4.º c). El resultado de todo ello es la existencia de dos tipos de límites a los derechos estatutarios: por una parte, competenciales, pues deben respetar las competencias del Estado, particularmente la establecida en el art. 149.1.1.ª CE, y, por otra, «la necesaria igualdad en todo el territorio nacional del régimen de los derechos constitucionales en sentido estricto, ex arts. 53.1 y 81.1 CE», es decir, en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I CE y el desarrollo de los de su sección primera por el legislador orgánico (STC 247/2007, FJ 14.º).

- 17 Los límites competenciales y de respeto al contenido esencial y al desarrollo de los derechos constitucionales, que, hasta ese momento, se habían venido aplicando a los derechos que pudieran establecer las leyes autonómicas, se extienden en el FJ 15.º de la STC 247/2007 a los propios Estatutos de Autonomía, aunque con una serie de matices significativos en uno y en otro plano. En el plano competencial, y a diferencia de lo dicho para la ley autonómica, el Tribunal veda al Estatuto la posibilidad de establecer derechos sobre cualesquiera materia sobre las que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias. Sólo podrá hacerlo cuando ello se desprenda de las previsiones expresas de disposiciones constitucionales concretas (como ocurre, por ejemplo, con los derechos lingüísticos), o, dentro ya de las previsiones genéricas del art. 147 CE, cuando se trate de la «[...] organización [...] de las instituciones autonómicas propias» [art. 147.2 c) CE], una competencia que, por su propia naturaleza, implica establecer derechos subjetivos (como el sufragio activo y pasivo) para los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Pero cuando los derechos estatutarios se vierten sobre el resto de «las competencias asumidas dentro del marco de la Constitución» [art. 147.2 d) CE] por una Comunidad Autónoma, la atribución competencial sigue siendo condición necesaria pero no ya suficiente para el establecimiento de un «verdadero» derecho subjetivo. En esos casos es imprescindible el concurso del legislador autonómico, sin cuya interposición el Estatuto de Autonomía no puede «establecer por sí mismo derechos subjetivos en sentido estricto, sino [sólo] directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos». Hasta su establecimiento como tales por la ley autonómica, los derechos estatutarios que no han sido previstos expresamente por la CE ni son consecuencia de la capacidad de las comunidades autónomas. para organizar autónomamente sus órganos de autogobierno tienen, en realidad, una naturaleza principal, no de derecho subjetivo, y ello «cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los Estatutos» [STC 247/2007, FJ 15.º c)].

- 18 Además de esas limitaciones competenciales, los derechos estatutarios deben respetar, como ya se ha dicho, la «igualdad fundamental» en el ejercicio de los derechos constitucionales. A este respecto el TC parece admitir, aunque sólo de manera indirecta y muy sucinta, la posibilidad de que el derecho estatutario adicione contenidos más protectores a derechos constitucionales, y de que éstos, por lo tanto, se configuren como un estándar mínimo. Es cierto que el Tribunal afirma expresamente que los derechos constitucionales no pueden ser «objeto de regulación en los Estatutos de Autonomía» y sólo permite, en principio, su reproducción literal en el Estatuto (lo que no considera inconstitucional, aunque sí técnicamente incorrecto). Pero añade inmediatamente que, más allá de su mera reproducción, el Estatuto podrá también «incidir» en los derechos establecidos por la Constitución siempre que las previsiones estatutarias «guarden relación con algunas de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma»,

siendo inconstitucionales sólo en caso contrario. La conclusión a la que parece llegar el Tribunal es, pues, negar la posibilidad de una «regulación» estatutaria de los derechos constitucionales, pero no la «incidencia» sobre ellos, siempre que se tenga la suficiente cobertura competencial y siempre que se respete la «igualdad fundamental» (STC 247/2007, FJ 15.º d). Sin expresarlo en los términos que más adelante introducirá la cláusula de mínimos, los efectos que aquí se señalan para los derechos estatutarios parecen ser sustancialmente los mismos.

La STC 31/2010 reproduce, en sus términos generales, la doctrina de la STC 247/2007 sobre la idoneidad de los Estatutos para contener declaraciones de derechos y sobre sus límites competenciales y de respeto a la igualdad fundamental en su ejercicio, pero introduciendo algunos matices significativos. Como se ha dicho, el TC introduce en su argumentación las cláusulas que, al afecto, había incorporado el art. 37.4 EAC (prácticamente idénticas, como también se ha dicho, a las del art. 13 EAAnd). Lo hace, además, con cierta profusión, pues esta disposición sale a colación en varias ocasiones: en primer lugar, cuando enjuicia la impugnación global del Título I EAC, dedicado a los derechos, deberes y principios rectores, negando que los derechos estatutarios pretendan equipararse a los derechos fundamentales que proclama la Constitución con el argumento de que el art. 37.4 EAC establece de modo expreso que se encuentran «materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma» (STC 31/2010, FJ 16.º). Más adelante, afirmando que su tenor es «determinante» para el «recto entendimiento» de «todos los preceptos que integran el título I» del Estatuto, y, en concreto, del art. 15 EAC, que establece la titularidad de los derechos estatutarios, «cuyo sentido jurídicamente relevante ha de ser sólo el ajustado» a las «inequívocas y concluyentes afirmaciones» del art. 37.4 (STC 31/2010, FJ 18.º). Además, al tratar de la impugnación contra el carácter laico de la enseñanza pública en Cataluña que declara el art. 21.2 EAC, acude a la expresa mención que en el mismo se hace del art. 37.4 EAC para «disipa[r] definitivamente cualquier riesgo de interpretación sesgada» de esa proclamación de laicidad (STC 31/2010, FJ 20.º). Y, finalmente, cuando tiene que dar cuenta de otros apartados del art. 37 EAC que habían sido recurridos, (la vinculación de los derechos lingüísticos a la Administración General del Estado en Cataluña de su apartado primero y la Carta de Derechos que deberá aprobar el Parlamento según dispone su apartado segundo), y aunque éste no hubiera sido objeto de impugnación, el Tribunal no evita reiterar que «desde luego, el apartado 4 del art. 37 EAC no podría merecer en ningún caso reproche alguno de inconstitucionalidad» (STC 31/2010, FJ 26.º). 19

A la vista de todo ello, puede afirmarse que, en la STC 247/2007, el TC tuvo que construir los límites constitucionales de los derechos estatutarios sin ningún apoyo normativo procedente del propio Estatuto recurrido, tomando sólo como base su jurisprudencia anterior sobre la ley autonómica, mientras que en la STC 31/2010 cuenta ya con una disposición estatutaria que le permite partir de «premisas [...] dispuestas por el propio Estatuto de Autonomía» (FJ 18.º) para llegar a similares conclusiones. 20

Sorprende, sin embargo, en esta segunda sentencia, la escasa atención que se presta a la necesidad de desentrañar el significado preciso de una disposición estatutaria a la que se atribuirá un papel tan relevante en la propia argumentación del Tribunal, pero cuyo sentido parece darse por supuesto: queda claro que, para el TC, el art. 37.4 EAC contribuye de manera decisiva a despejar las dudas de constitucionalidad de los 21

derechos estatutarios proclamados en el Estatuto catalán, sustituyendo, o al menos reforzando, los razonamientos que en la STC 247/2007 se basaron exclusivamente en su jurisprudencia anterior sobre la ley autonómica. Pero para concretar el significado preciso de sus cláusulas no ve necesario, ni mucho menos, detenerse en un análisis detallado del mismo.

- 22 Así, la exégesis de la cláusula competencial se reduce a precisar que la no alteración del régimen de distribución de competencias que dispone el art. 37.4 EAC supone que la declaración estatutaria de derechos «ha de operar siempre, y sólo, sobre el presupuesto de las concretas competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña de conformidad con las previsiones constitucionales» (STC 31/2010, FJ 18.º). La exigencia de «concretas competencias atribuidas» a la Comunidad Autónoma parece apuntar a la necesidad de buscar el título competencial correspondiente en disposiciones estatutarias distintas de las que proclaman derechos. Sin embargo, la exigencia de que los derechos se encuentren «materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma» le sirve sólo al Tribunal (FJ 16.º), como ya se ha dicho, para establecer que los derechos estatutarios no pueden ser derechos «fundamentales», entendiendo por tales los que vinculan a todos los legisladores y no sólo al autonómico, pero no, como en la STC 247/2007, como criterio para clasificarlos. Es cierto que la STC 31/2010 remite a la 247/2007 para volver a afirmar que existen derechos estatutarios que no son «verdaderos» derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos, pero ello se hace reconociendo que en el EAC los hay de ambos tipos, englobando entre los segundos los propios principios rectores reconocidos ya como tales en el Estatuto, recordando que lo mismo ocurre en la CE, y, sobre todo, no haciendo depender de modo expreso una u otra cosa del tipo de título competencial que habilita a la Comunidad Autónoma para proclamar el derecho en cuestión.
- 23 Por otra parte, las ocasiones en las que la STC 31/2010 trae a colación, con las consecuencias ya vistas, la segunda cláusula del art. 37.4 EAC, contemplada en el Estatuto catalán al igual que en el segundo inciso del art. 13 EAAnd como una cláusula de mínimos, también se hace sin detenerse en una exégesis detallada de lo que pueda significar que los derechos estatutarios no puedan «reducir» o «limitar» los derechos establecidos en la CE (o en los tratados internacionales). En concreto, no existe un pronunciamiento claro acerca de la posibilidad de que los derechos estatutarios puedan, como parece deducirse *sensu contrario* de la propia cláusula, *ampliar o prolongar* esos derechos. La STC contiene tanto afirmaciones en el sentido de que la consecuencia de lo dispuesto a este respecto por el art. 37.4 EAC es que el Estatuto no podrá «afectar al régimen» de los derechos constitucionales «en lo que hace a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio» (STC 31/2010, FJ 18.º), como otras en las que se pone el énfasis no en cualquier «afectación» sino sólo en la que «reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución», reducción o limitación de la que únicamente especifica que no se refiere sólo al «núcleo esencial» de esos derechos (STC 31/2010, FJ 20.º).
- 24 La cuestión se trata de forma directa en el FJ 17.º, en el que el Tribunal especifica las razones por las que el Estatuto no puede acometer el «desarrollo» de los derechos fundamentales reservado por la Constitución a la Ley Orgánica. No sólo por la vigencia territorialmente definida de sus normas, lo que llevaría a una «pluralidad de regímenes de derechos fundamentales (tantos como Estatutos)», sino por el hecho de que, una vez



que la Constitución ha realizado la proclamación y definición sustancial o contenido mínimo de un derecho fundamental, «se agota la función normativa necesaria en ese primer nivel de abstracción, al que sólo puede seguir ya la función de desarrollo», que no es propia de una norma como el Estatuto, que, «como norma primera de un sistema normativo autónomo, tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios» (STC 31/2010, FJ 17.º). Es decir, para el Tribunal, el Estatuto, como norma necesariamente genérica, no podrá acometer, con el grado de concreción necesario para ello, el «desarrollo» de un derecho fundamental, pero no podrá tampoco, en esa materia, abordar el derecho desde el plano que se le ha definido como propio (el de la generalidad, la abstracción y los principios), porque ese nivel normativo lo agota la propia CE. Por eso, lo dicho por la Constitución no admite más adición estatutaria que su reproducción: en materia de derechos constitucionales, «la intervención del Estatuto sólo sería admisible si fuera reiterativa; esto es, si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución» (STC 31/2010, FJ 17º).

En definitiva, la STC 31/2010 concede una gran importancia al art. 37.4 como límite de la declaración de derechos del EAC, pero no proporciona, salvo una reiterada declaración de su incidencia en la interpretación constitucionalmente adecuada de sus disposiciones, una guía precisa para establecer el significado del propio artículo, que está lejos de tener un contenido normativo claro. Queda particularmente en la penumbra la medida en la cual, más allá de su propia exigencia, la naturaleza de los títulos competenciales condiciona el despliegue de los derechos estatutarios y la posibilidad de que éstos, dando por sentado que no pueden desarrollar ni alterar las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionales, puedan sin embargo, como parece sugerir el propio art. 37.4 EAC, adicionarles contenidos o garantías, sólo de naturaleza estatutaria, que «incidan» sobre ellos proporcionándoles una mayor protección, siempre que no los limiten o reduzcan. La STC 31/2010, y lo dispuesto sobre el art. 37.4 EAC, deberá pues tomarse como el límite que nuestra interpretación del art. 13 EAAAnd no podrá traspasar, pero no exime de acometer una exégesis de esta disposición que deberá partir, va de suyo, de los propios términos en los que se expresa el Estatuto de Andalucía. A ello dedicamos el resto de este comentario, distinguiendo entre la cláusula competencial de su primer inciso y la de mínimo estándar del segundo. 25

### C. LA CLÁUSULA COMPETENCIAL

El tenor literal del primer inciso del art. 13 EAAAnd es el siguiente: 26

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.

Analizaremos a continuación tanto la exigencia que se desprende de la cláusula de que, junto a los derechos, el Estatuto establezca siempre los títulos competenciales correspondientes, como la caracterización del riesgo del incremento competencial que se produce por la misma existencia de una declaración estatutaria de derechos y que con la cláusula se pretende regular. 27

## I. Derechos estatutarios y competencias autonómicas

- 28 El objetivo principal de la cláusula competencial del primer inciso del art. 13 EAAnd es actuar como contrapeso del riesgo de que la declaración estatutaria de derechos suponga, por ella misma, un incremento de las competencias autonómicas, lo que sucedería si los derechos estatutarios llegaran a entenderse como «cláusulas habilitadoras [de competencias] a favor de las instituciones que están obligadas a garantizarlos» (BIGLINO CAMPOS, P., 2006, pág. 57). Por esta razón, se establece que las declaraciones estatutarias de derechos no pueden suponer un incremento de las competencias autonómicas más allá de lo que se deduzca de los títulos competenciales que, en disposiciones distintas de las que declararan derechos, contenga el propio Estatuto. El principal efecto de la cláusula es, por lo tanto, impedir el «desplazamiento» (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 105) de la competencia estatal (caso de existir) por una supuesta competencia autonómica en las materias sobre las cuales se hayan establecido los derechos estatutarios. El ámbito reservado al Estado sobre esas materias por los diferentes títulos que la Constitución le atribuye, entre los cuales podemos incluir, a estos efectos, aunque tenga una naturaleza distinta (no propiamente competencial), la reserva de Ley Orgánica, queda pues inalterado tras la declaración estatutaria de derechos<sup>5</sup>. En principio, por lo tanto, los derechos estatutarios sólo «son lícitos si están respaldados por títulos competenciales, ya que tales enunciados no son atributivos de competencias» (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 33).
- 29 Ahora bien, lo cierto es que no existe siempre, con carácter necesario, una exigencia recíproca y directa entre competencias autonómicas y derechos estatutarios. Así, por un lado, es claro que podrán darse las primeras sin que se hayan establecido los segundos. En esos casos, la Comunidad Autónoma sólo debe respetar, en el ejercicio de aquéllas, los derechos constitucionales y los que, en su caso, se hayan establecido, en virtud del correspondiente título competencial, por el Estado (de estos derechos podría pues decirse que entran en el ordenamiento autonómico por una «vía extracompetencial», LÓPEZ BASAGUREN, A., 1985, pág. 117). Esta situación puede darse, incluso, con derechos fundamentales constitucionales, sobre cuyo ejercicio en determinados sectores materiales la CA puede haber asumido competencias legislativas (como las que sobre el régimen jurídico de las asociaciones en Andalucía regula el art. 79.1 EAAnd) o ejecutivas (como las que, en relación con los derechos de reunión y manifestación, atribuye a Cataluña el art. 164.3.b EAC), pero sin añadir ningún contenido estatutario al derecho en cuestión. Es, pues, claro, que las comunidades autónomas pueden tener atribuidas competencias que afectan a derechos de los ciudadanos, pero para cuyo desarrollo deben respetar sólo derechos constitucionales cuyo régimen jurídico puede ser, además, competencia estatal, es decir, derechos que no tienen ningún contenido adicional establecido por el Estatuto. Se trata, pues, de competencias autonómicas sin derechos estatutarios.
- 30 En sus propios términos, y a pesar de las tajantes afirmaciones del TC que se han citado anteriormente, la cláusula competencial del art. 13 EAAnd tampoco impediría expresamente la situación contraria, es decir, derechos estatutarios sin competencias autonómicas. Téngase en cuenta que esta disposición no prohíbe que existan estos

<sup>5</sup> Sobre la incidencia en las declaraciones estatutarias de derechos de la reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, véase también el comentario al art. 12.

derechos si no existen esas competencias, sólo dice que la existencia de los derechos no supone la «creación» de títulos competenciales nuevos o la «modificación» de los ya existentes. Sin embargo, la existencia de un título competencial sí es inexcusable en todo caso para la ley autonómica, una exigencia que no se excepciona en el caso de las leyes de desarrollo de los derechos estatutarios: esto sí se desprende claramente de lo dispuesto por el art. 13, que también impide que los derechos supongan una «alteración del régimen de distribución de competencias». A la ley autonómica de desarrollo de un derecho estatutario sí puede exigírsele siempre el respaldo de un título competencial habilitante, pues éstas, como todas las leyes de la Comunidad Autónoma, tienen un ámbito normativo limitado al «espacio resultante del reparto competencial» (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 108).

Así las cosas, los problemas principales que plantea la cláusula competencial del art. 13 EAAnd se relacionan con los derechos estatutarios que se vierten sobre materias en las cuales la CAA no tiene atribuidas competencias y que no pueden, por esta razón, ser objeto de desarrollo por la ley andaluza. Podríamos distinguir, a estos efectos, entre tres tipos distintos de derechos estatutarios sobre los que se proyecta, con una intensidad distinta, el problema competencial de su desarrollo. En primer lugar, tendríamos los que podríamos denominar derechos estatutarios *durmientes*, es decir, derechos relativos a materias sobre las que, en el momento de entrada en vigor del EAAnd de 2007, la CAA carece de competencias pero que, dado el caso, podrían activarse ante una atribución competencial futura por vía extraestatutaria. Aunque, por efecto de la cláusula, esos derechos no pueden generar por ellos mismos los correspondientes títulos competenciales, y no pueden por esta razón ser objeto de desarrollo alguno, condicionarían en su momento el ejercicio de esas futuras competencias autonómicas<sup>6</sup>. En segundo lugar, derechos sobre los que sólo se han asumido competencias ejecutivas, pero que sin embargo se encuentran sometidos a la regla general (art. 38 EAAnd) de reserva de Ley del Parlamento para su desarrollo, y que por esta razón se encontrarían en una posición similar a la de los anteriores: el Estatuto no otorga a la CAA las competencias necesarias (las legislativas) para desarrollarlos<sup>7</sup>. Y, por último, derechos en los que la falta de cobertura competencial obligaría a entender que la ley de desarrollo a la que remite el Estatuto es, necesariamente, una ley del Estado<sup>8</sup>.

## II. La exigencia de un título competencial para proveer prestaciones derivadas de derechos estatutarios

La *vis competencial* de los derechos estatutarios puede encontrarse, sobre todo, como se ha dicho, en los que tienen algún contenido prestacional. Tal como se acaba de ver, la

<sup>6</sup> Un ejemplo de este tipo de derecho estatutario podría ser el derecho a promover consultas populares que establece el art. 30.1.c) EAAnd; este derecho podría incluir la promoción del referéndum local por la habilitación del art. 71 LRBRL, pero sólo podrá incluir la promoción del referéndum autonómico en el caso de que la competencia para regularlo fuera también atribuida a la CAA por vía extraestatutaria, pues se excluye expresamente de las competencias al respecto establecidas por el art. 78 EAAnd.

<sup>7</sup> Este podría ser el caso del derecho a la protección de datos del art. 32 EAAnd, una materia sobre la que el art. 82 EAAnd asume sólo competencias ejecutivas, pero cuyo desarrollo exige, por el concurso, como se dice en el texto, del art. 38 EAAnd, una ley autonómica.

<sup>8</sup> Como ocurriría con la Ley que debe precisar los términos en los que debe respetarse la voluntad vital anticipada que forma parte del derecho estatutario a la dignidad ante el proceso de la muerte del art. 20 EAAnd (véase el comentario a esta disposición).

cláusula competencial del art. 13 EAAAnd tiene efectos directos sobre la ley autonómica que, en su caso, regule esa prestación, pues ordena que la misma sólo pueda aprobarse (y, consecuentemente, la prestación sólo pueda proveerse) por la CAA si el propio Estatuto establece, en una disposición distinta, ésta sí de naturaleza competencial, el correspondiente título habilitante. La contundencia, lindando incluso con la redundancia, con la que la cláusula se expresa (los derechos y principios estatutarios no pueden suponer ni una «alteración del régimen de distribución de competencias», ni la «creación de títulos competenciales nuevos» ni la «modificación de los ya existentes») no impide, sin embargo, que su aplicación suscite algunos interrogantes.

33 De entrada (si bien en la línea de lo ya pacífico en relación con los principios rectores), supone una matización clara de lo dispuesto por la Constitución, que no realiza distinciones en el interior de los Estatutos al decir que los mismos, como «norma institucional básica» de las comunidades autónomas, deberán contener «las competencias asumidas» por cada una de ellas (art. 147.2.d CE). Pero, sobre todo, plantea toda una serie de cuestiones que no estaban presentes en el modelo original, pues en el caso de la CDFUE lo que se establece es que las habilitaciones competenciales se encuentran en normas distintas (el TUE y el TFUE), no en otras secciones de la misma norma. Debido a esta diferencia, la cláusula competencial de la Carta obliga, al transponerla a nuestro derecho autonómico, a dar una relevancia excesiva para la atribución de derechos y competencias a la ubicación topográfica de cada una de las disposiciones estatutarias, es decir, a su distribución en la propia estructura de una única norma, el Estatuto<sup>9</sup>. En definitiva, la cláusula competencial del art. 13 consolida una determinada estructura de los Estatutos, separando derechos y competencias, que no siempre es funcional para una completa comprensión de unos y otros. Además, se vuelve autorreferencial al mencionar los títulos competenciales «ya» existentes. Esta alusión debe interpretarse de manera que puedan incluirse los establecidos *ex novo* por el Estatuto de 2007 (en este sentido, ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 105), en puridad «no existentes» antes de la entrada en vigor de la propia cláusula (pero también, como se ha dicho, en relación con los derechos *durmientes*, los títulos que puedan atribuirse en el futuro a la CAA por vía extraestatutaria).

34 En todo caso, hay una consecuencia inmediata de la cláusula competencial que se deduce claramente de su tenor literal: los derechos estatutarios no forman parte del bloque de normas que, según el art. 28 LOTC, debe aplicar el TC como parámetro de constitucionalidad. No pueden considerarse, a pesar de su carácter estatutario, normas encaminadas a «delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas» a estos efectos. Pero también aquí nos topamos con un interrogante que sólo la paulatina aplicación jurisprudencial de la cláusula podrá despejar: la medida en la cual, excluidos del canon competencial al que se refiere esta disposición, los derechos estatutarios podrán en el futuro integrar otro parámetro, de carácter sustantivo,

---

<sup>9</sup> El criterio topográfico, sin embargo, no afectaría, de seguir la dicción literal del art. 13 EAAAnd, a los derechos establecidos extramuros del Título I, el «presente Título» al que ese artículo se refiere. Esto podría arrojar algunas dudas sobre la naturaleza de las disposiciones de un apartado del Estatuto con una vocación claramente competencial, el Capítulo III del Título V («competencias de la Junta de Andalucía en materia de Administración de Justicia»), donde sin embargo se establecen algunos derechos adicionales a los de «acceso a la justicia» del art. 29 EAAAnd (éste sí en el Título I).

con arreglo al que medir la constitucionalidad de las normas autonómicas que los contradigan<sup>10</sup>.

Dejando al margen estos y otros problemas de interpretación, derivados, según los distintos posicionamientos doctrinales, bien de una materia inevitablemente compleja (SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., 2008, pág. 330), bien de una cláusula innecesaria que complica aún más las reglas del reparto competencial (APARICIO, M. A./BARCELÓ, M., 2008, pág. 23), y con independencia de que sea también difícil augurar si podrá o no cumplirse en la práctica el objetivo de frenar el incremento competencial al que podrían eventualmente conducir los derechos estatutarios (ÁLVAREZ OSSORIO, F., 2007, pág. 77, lo considera, pese a este «ánimo precautorio», inevitable), hay algo que la mera existencia de la cláusula pone de manifiesto: que la primera deriva competencialista de las declaraciones estatutarias de derechos fue la que se originó con ocasión de su propia aprobación. 35

En efecto, a pesar de la importante novedad que estas declaraciones suponen, lo cierto es que no han conseguido alterar la clave predominante competencial en la que se había venido concibiendo desde sus comienzos nuestro Estado autonómico, de manera que también con la aparición de los nuevos derechos estatutarios la cuestión competencial ha seguido siendo la principal, y al igual que lo ocurrido en el campo de las competencias con los perfiles o submaterias, ha estado presente el temor a que los derechos estatutarios trajeran consigo un «blindaje» de las CC AA frente al Estado (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., 2008, pág. 36). Ello explica que el debate doctrinal (y, en buena medida, los pronunciamientos jurisprudenciales; véase la crítica en este sentido a la STC 31/2010 de EXPÓSITO, E., 2011, pág. 485) haya girado mayoritariamente no en torno a derechos sino en torno a competencias, o dicho en otras palabras, no en torno a las nuevas exigencias de los ciudadanos, sino en torno a la distribución del poder territorial en el interior del sistema político (me he ocupado de esta dicotomía en el debate estatutario sobre los derechos en RODRÍGUEZ, A., 2009, pág. 144). 36

La importancia que alcanzó el problema competencial en el debate sobre los derechos estatutarios ilustra también algunas semejanzas y algunas diferencias con respecto al precedente de la CDFUE. Ciertamente, el riesgo que esta cláusula pretende afrontar es, en cierto modo, comparable al que se pretendió conjurar en el debate de la Carta, por lo que no debe extrañar que las Cortes Generales se fijaran en la receta por la que se optó en el contexto europeo al encontrar un problema parecido en las reformas estatutarias españolas. Pero, en el proceso de elaboración de la CDFUE, fue el temor a que la Carta habilitara al legislador europeo para desarrollar nuevas políticas lo que movilizó a los Estados miembros más críticos con la europeización de los derechos fundamentales, sobre todo de los de carácter social, que consiguieron que en buena medida los mismos se siguieran considerando competencia estatal. 37

---

<sup>10</sup> La exclusión de la parte dogmática de los Estatutos del bloque de constitucionalidad establecido por la LOTC no resuelve, en efecto, la cuestión de si los derechos estatutarios deben considerarse parte del parámetro de constitucionalidad en aspectos no competenciales. Ver sobre el particular el comentario al art.39.

- 38 La diferencia es que en España, como en todos los Estados descentralizados de la Unión, esas competencias se residencian ya de manera muy principal en entidades subestatales, en nuestro caso las comunidades autónomas. En consecuencia, si bien la cláusula competencial impide en la CDFUE que los derechos de la Carta incrementen, por la sola fuerza de su proclamación, las competencias de la Unión, transpuesta al EAAAnd (y a otros Estatutos reformados), su radio de acción disminuye drásticamente, ya que la mayoría de las competencias necesarias para la provisión de las prestaciones que los derechos estatutarios garantizan puedan considerarse «ya existentes» en el sentido dispuesto por la propia cláusula, es decir, atribuidas a la CAA. Esta es otra de las diferencias esenciales entre el contexto del art. 13 EAAAnd y el de su precedente, el art. 51.2 CDFUE.
- 39 En definitiva, mientras que un buen número de los derechos establecidos por la Carta se proyectan sobre materias que no son competencias de la Unión, sino de los Estados miembros, el Estatuto declara derechos sobre materias que, en su gran mayoría, pueden considerarse pacíficamente competencia de Andalucía. No obstante, y aunque, con toda seguridad, la aparición de las partes dogmáticas en los Estatutos de Autonomía enriquecerá la idea que hasta ahora hemos tenido de los mismos como «norma institucional básica de la Comunidad Autónoma» (art. 147.1 CE), todo parece indicar que la «etapa competencial» de los derechos estatutarios se prolongará aún durante un tiempo, y que la construcción doctrinal y jurisprudencial de estos derechos en el futuro inmediato seguirá haciéndose en esta clave. Hasta que no se produzca su definitiva consolidación en nuestro ordenamiento, los problemas jurídicos principales que originarán los derechos estatutarios seguirán siendo, muy probablemente, los derivados, no de los nuevos derechos que se protegen, sino de la titularidad de las competencias necesarias para establecer su protección.

### III. Cláusula competencial e «incorporación» de los derechos estatutarios

- 40 Es también muy diferente el contexto de la CDFUE y el de nuestro derecho autonómico en relación con la «incorporación» de derechos que con la cláusula competencial se pretende evitar en el primer caso, un fenómeno que tiene, en el segundo, una naturaleza muy distinta. Como se sabe, entendemos por «incorporación» el proceso por el cual, en Estados Unidos, la protección federal de determinados derechos terminó siendo vinculante también para los Estados federados, gracias a que el Tribunal Supremo los fue paulatinamente incorporando a la XIV Enmienda de la Constitución. En un sentido amplio, el término se emplea también en los estudios sobre integración jurídica en el campo de los derechos fundamentales siempre que se produce un proceso similar de homogenización, desde el centro, de los estándares periféricos de protección, en contextos estatales, internacionales o supranacionales<sup>11</sup>.
- 41 Las cláusulas horizontales de la CDFUE son también cláusulas anti-incorporación. Ya se ha dicho que con ellas se pretende evitar que la UE asuma, en virtud de la Carta, nuevas competencias en materia de derechos fundamentales. Pero ello no se debe sólo a la oposición al incremento competencial *per se*, sino al efecto centralizador de estándares que éste lleva consigo. Si la Unión incrementa sus competencias sobre

<sup>11</sup> Sobre la relación, en general, entre «incorporación» y diversidad de estándares de derechos en el constitucionalismo multinivel, véase el comentario al art. 9.

derechos fundamentales, el estándar de protección de esos derechos que se establezca en sus normas podría llegar a vincular también a los Estados. Lo que se pretende evitar no son sólo nuevas competencias, sino una regulación uniforme definida desde el centro (la UE) con carácter vinculante para la periferia (los Estados miembros). En la Carta, la preocupación por contrarrestar una eventual tendencia a la «incorporación» de derechos en Europa similar a la ocurrida en Estados Unidos se hace presente no sólo en la cláusula competencial trasladada al Estatuto, el apartado segundo del art. 51 CDFUE, sino también en el apartado primero de esta misma disposición. Según éste, los derechos que se establecen en la Carta vincularán a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»<sup>12</sup>.

Con independencia de los problemas de interpretación que puede ocasionar esta expresión, lo cierto es que de la aplicación conjunta de los dos apartados del art. 51 CDFUE se deduce que lo que se pretende evitar no es sólo un incremento de las competencias de la Unión en el campo de los derechos fundamentales, sino también que vinculen a los Estados miembros las normas dictadas por ésta en ejercicio de las que sobre esa materia llegaran efectivamente a atribuírsele, salvo en el supuesto de que el Estado, como operador jurídico comunitario, se limite a aplicar el derecho de la Unión (pues la Carta toma los derechos tanto como «límites» como «competencias», según el análisis de BIGLINO CAMPOS, P., 2003). Es decir, a los Estados se les excluye de la obligación de respetar la Carta cuando los derechos allí establecidos se vean limitados o afectados por normas o actos estatales dictados en ejercicio de sus propias competencias. En su conjunto, pues, los dos apartados del art. 51 CDFUE persiguen un triple objetivo: limitar el incremento de competencias de la Unión, limitar la vinculación de los Estados a los derechos que la Carta establece y limitar el fenómeno de homogenización de estándares que se produciría si no se consiguieran los dos objetivos anteriores.

Es claro que la cláusula del art. 13 EAAAnd no puede desplegar de igual manera todos esos efectos en nuestro derecho. Ya se ha visto cómo esta disposición estatutaria limita el incremento de competencias de la CAA, impidiendo que los derechos estatutarios puedan erigirse en títulos competenciales. A este respecto, puede decirse que (con las diferencias ya señaladas) su funcionamiento es muy similar a la cláusula competencial de la CDFUE. Pero no ocurre así con los otros dos fenómenos que también pretenden limitarse en la Carta, la vinculación del Estado y la proliferación de estándares homogéneos de protección. Con respecto a lo primero, hay que recordar que el Estatuto excluye la vinculación del Estado a los derechos estatutarios estableciendo que su sujeto pasivo público son sólo «los poderes públicos andaluces» (art. 38 EAAAnd), sin hacer que ello dependa de las competencias que se estén ejerciendo en cada caso. La exclusión de la vinculación estatal es, pues, más radical que la del art. 51.1 CDFUE, que, como se ha dicho, permite que los derechos de la Carta vinculen a los Estados miembros, si bien «únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión». Una

---

<sup>12</sup> El texto completo del art. 51.1 CDFUE es el siguiente: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión».

cláusula semejante tendría difícil encaje en nuestro derecho, porque sólo sería aplicable en materias sobre las que la Comunidad Autónoma tuviera competencias legislativas y el Estado se limitara a «aplicar el derecho» autonómico<sup>13</sup>.

44 Pero, sobre todo, el art. 13 EAAAnd no puede establecer nada al respecto de la incidencia que los derechos estatutarios pueden tener en la aparición de un estándar que homogeneice su protección en todo el territorio nacional. En el contexto de la CDFUE, tiene sentido que la propia Carta limite su aplicación por las instituciones de la Unión como fundamento de un fenómeno de «incorporación» de los estándares de protección de los derechos que establece, pero no lo tendría en absoluto en nuestro derecho estatutario. No olvidemos que los derechos estatutarios, a diferencia de los derechos de la Carta, están en la «periferia», no en el «centro» de una eventual dinámica centrípeta. Es por ello que el Estatuto andaluz no incluye una disposición parecida a la del art. 51.1 CDFUE (no lo hace ninguno de los Estatutos reformados). El recelo en el que se justifica la cláusula competencial del art. 13 EAAAnd es el de un incremento del poder autonómico basado sólo en derechos y ayuno de títulos competenciales, no el de la supuesta homogenización de estándares a la que ese incremento de competencias podría conducir. No es una cláusula anti incorporación, sino todo lo contrario: lo que pretende evitar no es la uniformidad (dictada desde el centro), sino la excesiva diversidad (periférica) en la protección de los derechos.

45 Ello no quiere decir que en nuestro ordenamiento no pueda producirse un fenómeno parecido de «incorporación» de derechos estatutarios, en virtud de la cual se llegue a establecer un estándar homogéneo de protección en todo el territorio nacional de algunos de los derechos establecidos en los Estatutos. Ahora bien, sería un proceso sobre el que nada podría disponer el propio Estatuto, porque, aunque pudiera tener como origen la existencia previa de un derecho estatutario, se trataría siempre, a diferencia de lo que ocurre en el contexto de la CDFUE (donde está protagonizado por la Unión y se despliega frente a los Estados), de un proceso protagonizado por el Estado y desplegado frente a las comunidades autónomas. De hecho, como se verá en el epígrafe siguiente, la CE apodera al Estado, mediante diversos títulos competenciales, para aprobar normas que pueden ir encaminadas en esta dirección.

#### D. LA CLÁUSULA DE MÍNIMO ESTÁNDAR

46 El segundo inciso del art. 13 EAAAnd tiene el siguiente tenor literal:

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.

<sup>13</sup> Un caso que en cierto modo se aproxima a esta situación, al menos en la medida en que el Estado queda vinculado por derechos estatutarios, es, como ya se ha indicado, el de los derechos lingüísticos en las CC AA con varias lenguas oficiales.



## I. El estándar mínimo y los contenidos estatutarios adicionales de los derechos constitucionales

Este apartado del art. 13 EAAnd confirma, ahora en relación con su protección, lo que su primer inciso dispone desde la perspectiva competencial: el papel central del Estado como regulador de derechos fundamentales. Sin embargo, la dirección a la que apunta es de una naturaleza distinta, pues del mismo modo que el anterior obligaba a relacionar derechos con competencias, éste obliga a relacionarlos con la intensidad con la que se protegen. Lo que ahora se dirime no es, pues, quién tiene atribuido los títulos competenciales idóneos para regular un derecho, lo que implica estudiarlo desde la perspectiva del poder público que debe encargarse de su desarrollo, sino cuál es, desde la perspectiva del ciudadano que lo ejerce, el grado de protección del derecho que debe prevalecer. Desde este punto de vista, y una vez que el primer inciso del art 13 EAAnd ha dejado claro que el Estatuto puede proclamar derechos o principios que incidan sobre derechos y principios constitucionales, siempre que éstos se ejerzan en sectores materiales sobre los que la CAA tenga competencias, este segundo inciso establece el efecto que en ningún caso puede producir el derecho o principio estatutario al incidir en el derecho o principio constitucional: no puede aminorar su protección. Su finalidad es, por tanto, asegurar que los derechos y principios estatutarios (los «contemplados en este Título») respetarán la protección de los mismos establecida por la CE (o por «los tratados y convenios internacionales ratificados por España»). Es así como debe interpretarse el mandato de que no los «limiten» o «reduzcan» al ser «interpretados», «desarrollados» o «aplicados». El segundo inciso del art 13 EAAnd es, pues, una cláusula de mínimo estándar.

47

Como ya se dijo, se trata de la segunda vez que el Estatuto establece una cláusula de esta naturaleza, pues ya lo hizo antes en el art. 9. Aunque el sentido de la cláusula es distinto en cada una de estas disposiciones, algunos de los problemas que plantea el análisis del art. 13 se relacionan, en general, con la existencia de varios estándares de protección del mismo derecho en un contexto multinivel, y son por ello similares a los estudiados con ocasión del comentario al art. 9 (al que nos remitimos). Otros, sin embargo, tienen una naturaleza directamente relacionada con la específica formulación de la cláusula recogida en esta disposición, y son los que estudiaremos a continuación, en este y los siguientes epígrafes: precisar el sentido exacto de la «limitación» o «reducción» que con respecto a ese parámetro no pueden suponer los derechos estatutarios e identificar las normas que componen el parámetro de mínimos al que se refiere el art. 13 al referirse a los «derechos o principios reconocidos por la Constitución o los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

48

La cláusula estatutaria de mínimo estándar arroja suficiente luz sobre la concepción que de los derechos de su Título I tiene el Estatuto: pueden proyectarse sobre derechos ya establecidos por la Constitución o por normas internacionales, pero sólo para aportar un plus de protección a los mismos. En líneas generales, pues, puede augurarse que su aplicación futura está llamada a rodearse de los mismos problemas que el principio de «mínimo estándar» ha generado en otros contextos. El más importante de ellos es el que se origina cuando nos encontramos ante un conflicto de derechos, una situación en la que entran en tensión dos derechos distintos y elevar el estándar de protección del primero implica aminorar el del segundo. Dada la tendencia, que el propio Estatuto consolida, de conceder una protección reforzada a un catálogo cada vez más amplio de

49

derechos, será frecuente que el límite que permite restringir un derecho sea otro bien jurídico que a su vez se ha reconocido también como derecho. En esas circunstancias, puede ser imposible determinar dónde está el estándar más protector y, en consecuencia, la aplicación de cláusulas que prevean la preferencia de la protección más elevada se vuelve extremadamente dificultosa, puesto que lo que protege más uno de los derechos en conflicto necesariamente protege menos el que se le opone.

- 50 Las dificultades para aplicar el estándar más protector que plantea la existencia, cada vez más usual, de este tipo de conflictos entre derechos son, a su vez, mayores cuando entre las normas que regulan los distintos derechos que pueden entrar en conflicto no existe una relación de prevalencia definida, bien porque pertenecen, con el mismo rango jerárquico, al mismo ordenamiento (éste es el problema de la ponderación de derechos constitucionales o estatutarios entre sí), bien porque, perteneciendo a ordenamientos distintos, no existen entre ellas reglas claras para determinar la primacía de unas sobre otras (como ocurre típicamente en los contextos *multilevel*). Ahora bien, éste no es el caso de la cláusula de mínimo estándar del art. 13 EAAAnd, que tiene una naturaleza distinta, que hace que las dificultades para su aplicación, incluso en situaciones de conflictos de derechos, no lleguen a ser insalvables: no exige que prevalezca siempre, cuando se dé un conflicto de esa naturaleza, el estándar más protector (lo que, como se ha dicho, puede ser imposible de determinar), sino que sólo condiciona la aplicación del estándar definido por el derecho estatutario (siempre y cuando se esté dentro de la competencia autonómica) a que no reduzca o limite la protección de un derecho constitucional. A la cláusula no le es indiferente cuáles son los estándares más protectores, pero sólo para dilucidar si el estatutario limita o reduce el derivado de la Constitución. Si no es así, no plantea condiciones adicionales para la aplicabilidad del derecho estatutario. Es en este sentido que podemos decir que el estándar constitucional se erige como un parámetro de mínimos.
- 51 Como cláusula de mínimos, el segundo inciso del art. 13 EAAAnd debe interpretarse en el sentido de permitir que el derecho estatutario pueda adicionar contenidos o garantías a los derechos constitucionales. Ahora bien, según la jurisprudencia constitucional citada más atrás, esos contenidos o garantías adicionales tendrían sólo naturaleza estatutaria, es decir, no pasarían en ningún caso a formar parte del contenido constitucional del derecho. En este sentido podemos interpretar la afirmación del TC de que, en cuanto a los derechos constitucionales, los Estatutos sólo pueden repetir, y ello con técnica jurídica criticable, lo dispuesto por la CE (SSTC 247/2007, FJ 15.º, y 31/2010, FJ 17.º). Pero si la regulación autonómica del régimen jurídico de un derecho constitucional en el concreto sector material sobre el que se despliegue la competencia autonómica puede suponer una «incidencia» sobre el mismo, cuando se ejerce en ese sector, va también de suyo que la incidencia autonómica podrá proporcionarle nuevos contenidos o garantías adicionales que eleven su nivel de protección.
- 52 De manera que la consecuencia general de la cláusula del segundo inciso del art. 13 EAAAnd es que la CAA podrá establecer derechos estatutarios cuyo régimen jurídico incida sobre los derechos constitucionales en un determinado sector material de competencia autonómica, siempre y cuando esa incidencia no suponga una menor protección de éste y en el bien entendido de que esa mayor protección autonómica no altera el derecho constitucional en sí, ya que no podrá nunca tener esa naturaleza, sino sólo naturaleza estatutaria.

## II. La «zona constitucional» del parámetro de mínimos

Una vez aclarado que, a los efectos del segundo inciso del art. 13 EAAnd, la prohibición de «limitar» o «reducir» supone que esa cláusula estatutaria establece un parámetro de mínimos con respecto a los derechos estatutarios, hay ahora que determinar cuáles son, en concreto, las normas que forman parte de ese parámetro, es decir, cuál es el sentido de la referencia a que aquí se hace a los «derechos o principios reconocidos por la Constitución por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

En relación a la remisión al derecho internacional convencional, debe entenderse, a pesar de algunas diferencias de dicción, que tiene aquí, en principio, un papel equivalente al que hace el art. 10.2 CE, en el sentido de que establece el necesario concurso de esos tratados y convenios para integrar el grado de protección del derecho constitucional afectado por un derecho estatutario que este último no podrá disminuir. A primera vista, podría pensarse, entonces, que la remisión del Estatuto a las normas internacionales es innecesaria, en la medida en que reitera lo ya dispuesto por la Constitución. Es cierto que hay casos en los que el art. 13 EAAnd no puede añadir nada a lo dispuesto constitucionalmente a este respecto: todos en los que el tratado o convenio internacional se aplica para interpretar un derecho constitucional. En puridad, en esos casos no se trata de que, como dice el art. 13, los tratados y convenios formen parte del mínimo que el derecho estatutario no puede rebajar, sino que forman parte, por un mandato constitucional al que nada añade el estatutario, del obligado canon hermenéutico con arreglo al cual hay que interpretar los propios derechos constitucionales que forman parte de ese mínimo. Ocurriría exactamente lo mismo si diéramos por no puesto el art. 13 EAAnd.

Sin embargo, hay otros casos en los que la integración del parámetro de mínimos por los tratados y convenios internacionales es consecuencia exclusiva de lo que dispone el Estatuto, pues sobre ellos no dice nada la Constitución: aquéllos en los que se dilucida la incidencia de un derecho estatutario en un derecho protegido por un tratado pero no por aquélla, en los que no es, por esta razón, de aplicación el art. 10.2 CE. En esas circunstancias, el tratado, siempre que haya sido válidamente ratificado y se haya integrado en nuestro ordenamiento *ex art. 96 CE*, integraría el parámetro de mínimos del derecho estatutario por mandato exclusivo del art. 13 EAAnd, aunque no pudiera formar parte del canon hermenéutico de los derechos constitucionales. De manera que el papel del derecho internacional convencional como elemento del mínimo estándar que los derechos y principios estatutarios no pueden limitar ni reducir es, según el Estatuto, más amplio, pues incluye también los tratados y convenios que protejan derechos o principios no recogidos en la Constitución<sup>14</sup>.

Obviamente, forma parte también de la cláusula de mínimo estándar el contenido propiamente constitucional de los derechos y principios contemplados por la CE, es decir, lo que sobre ellos establezca la disposición constitucional en la que se recogen. Sin embargo, la capacidad de la norma constitucional para proveer por ella misma, incluso cuando proceda el concurso de las normas internacionales, el estándar mínimo

<sup>14</sup> Sobre la incidencia de los arts. 10.2 y 96 CE en la otra cláusula de mínimos del Estatuto, la del art. 9, véase el comentario a esa disposición.

de protección que el derecho o principio estatutario no puede reducir es muy distinta en el caso de los derechos fundamentales y en el de los principios constitucionales. Los primeros, como se sabe, están dotados del contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE. Éste es también el elemento primero del estándar mínimo que el derecho estatutario no podrá limitar cuando incida sobre ese derecho en cuestión. Puede decirse, en este sentido, que la indisponibilidad que el contenido esencial presenta frente a cualquier tipo de legislador permite entenderlo también, con la misma nota de indisponibilidad, como el estándar mínimo de protección que el derecho estatutario no podrá desconocer cuando incida sobre un derecho constitucional. Los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I CE, sin embargo, carecen, como se sabe, de un contenido esencial que pueda cumplir estas funciones. Inevitablemente, por lo tanto, su capacidad para erigirse en mínimo estándar frente a los derechos y principios estatutarios será también mucho menor.

57 Una diferencia adicional entre derechos (en este caso, sólo los de la sección primera) y principios constitucionales también contribuye a marcar el distinto papel de unos y otros como elementos del estándar mínimo indisponible para un derecho estatutario: su desarrollo por el legislador orgánico. Como ya se ha dicho, el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas integra también, con respecto a estos derechos y libertades, el mínimo de protección que el derecho estatutario no puede reducir o limitar. A la hora de aplicar, desarrollar o interpretar los derechos estatutarios, la CAA deberá tener en cuenta que el estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales que su régimen jurídico no podrá en ningún caso limitar o reducir viene integrado también por el desarrollo de cada uno de ellos mediante la correspondiente Ley Orgánica. Ello se debe a que el legislador orgánico es el que tiene asignado el desarrollo de los elementos esenciales de los mismos, elementos que el Estatuto, al establecer los derechos estatutarios, no puede desconocer. Dicho de otro modo, entre esos elementos esenciales se encuentra el nivel constitucionalmente garantizado del derecho, es decir, el establecimiento de cuáles pueden ser sus límites (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 108).

58 Ahora bien, que la Ley Orgánica establezca los elementos esenciales de los derechos fundamentales sometidos a su reserva no significa que todo lo que afecte a estos derechos deba excluirse del catálogo de derechos estatutarios. Por el contrario, como ya se ha dicho, el régimen jurídico de los derechos constitucionales, incluso el de los sometidos a reserva de Ley Orgánica, puede estar regulado, cuando se ejerce en un determinado sector material, bien por el Estado bien por las comunidades autónomas, en función de cuáles sean los títulos competenciales que puedan esgrimirse en cada caso. En la medida, pues, en que la CAA ha asumido competencias sobre derecho electoral (art. 46.2 EAAnd), consultas populares (art. 78 EAAnd), datos personales (art. 82 EAAnd), educación (art. 52 EAAnd) o medios de comunicación (art. 69 EAAnd), materias en las que se ejercen derechos fundamentales sometidos a reserva de Ley Orgánica, puede también, satisfaciendo siempre el requisito de suficiente cobertura por el título competencial correspondiente, establecer en el Estatuto derechos sobre estas materias. Es el caso de los derechos estatutarios a la participación política (art. 30 EAAnd), a la protección de datos (art. 32 EAAnd) y a la educación (art. 21 EAAnd), y de las garantías estatutarias de las libertades de expresión e información (art. 207 y ss EAAnd). Del mismo modo que, desde el punto de vista competencial, la exigencia de

desarrollo de estos derechos por el legislador orgánico no supone que su régimen jurídico no se pueda ver afectado por un título competencial autonómico cuando se ejercen en un determinado sector material, desde el punto de vista de su protección no puede tampoco excluirse que la regulación autonómica suponga elevar su protección, en ese preciso sector material, por encima de lo dispuesto por la Ley Orgánica. Lo único que prohíbe la cláusula es la limitación o reducción de ese estándar por la regulación autonómica, pero no su incremento.

59 Ello no quiere decir, obviamente, que una comunidad autónoma, al desarrollar un derecho estatutario, pueda arrogarse también la competencia, exclusiva del legislador orgánico, de desarrollar el derecho fundamental constitucional sobre el que el derecho estatutario pueda incidir. Pero de la regulación autonómica (y de la proclamación estatutaria) podrá deducirse un contenido adicional del derecho fundamental, en el bien entendido de que el mismo tendrá naturaleza exclusivamente estatutaria, nunca constitucional, y no modificará por lo tanto el derecho fundamental cuya protección incrementa (no supone «desarrollo» alguno del mismo): se aplicará sólo en el específico sector material en el que la regulación de su ejercicio sea competencia autonómica. Ese contenido adicional puede considerarse, por una parte, más que una simple «especificación» de lo ya implícito en el derecho constitucional afectado, puesto que no tiene por qué reducirse a «explicitaciones potencialmente contenidas» en el mismo, sino que podrá adicionar contenidos o garantías; pero es, por otra parte, menos que eso, pues, como se ha dicho, nada añade al derecho constitucional en sí, tiene sólo naturaleza estatutaria y un radio de acción limitado al sector material bajo competencia autonómica (en contra, previniendo contra la «diversificación subrepticia» de los derechos fundamentales que así se podría producir, LÓPEZ MENUDO, F. 2009, pág. 55). Con todas esas precisiones, puede afirmarse que el desarrollo mediante Ley Orgánica de los derechos constitucionales puede considerarse parte, en el sentido expresado, del parámetro de mínimos al que se refiere el art. 13 EAAnd<sup>15</sup>.

60 Hay, por último, otro elemento importante, establecido por la propia Constitución, que integra igualmente el parámetro de mínimos de los derechos y principios estatutarios: se trata del art. 139.1 CE, entendido como consagración de la igualdad como «principio general de la organización territorial del Estado» [STC 247/2007, FJ 4.º c)]. Es cierto que el art. 139.1 CE no establece un mínimo de protección de ningún derecho constitucional en concreto, pero la interpretación que al mismo le ha dado el Tribunal Constitucional permite dotarlo, en la práctica, de esta funcionalidad, en la medida en que no impone «una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional», pero sí un «principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas» (STC 247/2007, FJ 13.º). Es en este sentido en el que puede decirse que esta disposición constitucional integra también el estándar mínimo de protección de los derechos constitucionales que los derechos estatutarios no pueden reducir o limitar. Su inclusión en el parámetro de mínimos puede hacerse, además, en cada una de las dos direcciones en las que el art 139.1 puede desplegar sus efectos: como límite a la excesiva desigualdad que puede producirse entre españoles por la

<sup>15</sup> Aunque hay elementos del desarrollo acometidos por el legislador orgánico sobre los que el propio Estatuto excluye la posibilidad de que el derecho estatutario pueda incidir de manera extensiva, es el caso de la titularidad de los derechos estatutarios, véase el comentario al art. 12.

dispar regulación del ejercicio de los derechos constitucionales en comunidades autónomas distintas (es decir, como canon de igualdad *interautonómica*) y como límite a la excesiva desigualdad que puede producirse en la misma comunidad autónoma si ésta aplica criterios de base territorial para excluir españoles del ejercicio de algunos derechos (canon de igualdad *intraautonómica*)<sup>16</sup>.

- 61 Empleando una metáfora cartográfica, podríamos decir que todo lo anterior forma parte de la «zona constitucional» del parámetro de mínimos frente al que hay que contrastar la protección dispensada por un derecho estatuario. La componen los tratados internacionales (aunque también los que protejan derechos que no están en la Constitución), las disposiciones constitucionales que declaran derechos, especialmente el contenido esencial de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I CE, lo dispuesto sobre el desarrollo de los de su sección primera por el legislador orgánico, las disposiciones del Capítulo III en las que se recogen los principios rectores de la política social y económica, y el grado de igualdad en el ejercicio de todos ellos que sea deducible, en cada caso, del art. 139.1 CE. En realidad, esa «zona» integra el parámetro de mínimos de los derechos estatuarios como una consecuencia natural del carácter constitucional de las normas que lo integran. En materia de derechos, las constituciones suelen establecer precisamente estándares mínimos, en el bien entendido de que el legislador se encuentra habilitado para establecer, cuando lo considere oportuno, una protección mayor. Éste es también el cometido principal de la CE en relación con los derechos y principios que establece. La consideración del contenido constitucional de los derechos y principios de la CE como el estándar mínimo que deben respetar en todo caso los derechos y principios estatuarios no supone sino otorgar a la CAA una libertad de configuración en cierto sentido análoga a la que goza el legislador de las Cortes Generales, si bien, a diferencia de éstas, el Parlamento andaluz se encuentra sometido a un doble límite: podrá desarrollar un derecho estatuario, pero no un derecho constitucional, aunque el desarrollo del primero podrá suponer un específico régimen jurídico del primero. Y ese régimen jurídico sólo podrá desplegarse sobre un determinado sector material sobre el que la CAA tenga atribuida competencias. Pero, dentro de esos límites, nada impide que los derechos establecidos en el Estatuto de Andalucía incrementen la protección o las garantías de los derechos establecidos en la Constitución Española.

### III. Estándares y competencias: los derechos estatuarios ante los títulos competenciales estatales

- 62 Cabría plantearse hasta qué punto junto a esa «zona constitucional» existe también una «zona estatal» en el parámetro de mínimos. Es decir, si, además de lo dispuesto por la Constitución y (en un plano distinto, aunque igualmente distinto del plano competencial que ahora analizamos) por la Ley Orgánica, lo que pueda disponer el Estado en cada caso sobre el régimen jurídico de cada derecho constitucional forma parte también de un parámetro de mínimos que el derecho estatuario podría incrementar pero no limitar o reducir. Va de suyo que el Estado tiene atribuido títulos competenciales de muy diverso carácter para regular derechos y principios constitucionales. En la medida en que esos

<sup>16</sup> Sobre el doble aspecto del art. 139.1 CE y, en concreto, sobre la relación entre su papel de canon de igualdad *intraautonómica* y la titularidad de los derechos estatuarios, véase el comentario al art. 12.

títulos atribuyen materias al Estado, la CAA no podrá, precisamente por carecer de los títulos competenciales suficientes, establecer un derecho estatutario sobre ese específico sector material, pero ello será consecuencia, como ya se ha analizado, de la cláusula competencial que también encierra el art. 13 EAAnd: sólo puede haber derechos estatutarios (o, al menos, sólo puede haber desarrollo de los mismos) donde hay competencias autonómicas, y éstas empiezan donde terminan la del Estado. En principio, pues, la «zona estatal» de los derechos constitucionales no sería, con respecto a los derechos estatutarios, un parámetro de mínimos, sino un *full standard* en la protección de esos derechos que las comunidades autónomas, al no tener competencias, no podrían reducir, pero tampoco incrementar: simplemente, carecerían de competencias para aprobar normas sobre esas materias. No sería una cuestión de mayor o menor protección, sino de atribución de títulos competenciales; no sería, pues, de aplicación el segundo inciso del art. 13 EAAnd, sino el primero.

Ahora bien, defender en todos los casos una distinción tan tajante entre la cláusula competencial y sus efectos y la de mínimo estándar y los suyos supone desconocer que en nuestro intrincado régimen constitucional de distribución territorial del poder es difícil encontrar competencias autonómicas verdaderamente exclusivas, al menos en el sentido de que, como ha aclarado el TC, el ejercicio exclusivo de una competencia autonómica no se identifica necesariamente con el ejercicio de la misma «en su integridad» (STC 31/2010, FJ 59.º, remitiendo a jurisprudencia anterior; véase al respecto, por lo que hace a las competencias de la CAA, el comentario del art. 42). Los sectores materiales de la realidad en los que pueden ejercerse los derechos que proclama la Constitución o el Estatuto no son, a este respecto, una excepción, y difícilmente encontraremos alguno en el que el Estado no pueda incidir esgrimiendo algún título competencial, lo que, si tuviera siempre como consecuencia impedir por completo el despliegue y desarrollo de los derechos estatutarios, arrinconaría éstos a la marginalidad cuando no a su práctica desaparición. Todo ello obliga a modular los efectos por separado de ambos incisos del art. 13 EAAnd, cuya aplicación alternativa no puede hacerse ignorando la diferente naturaleza de los tipos competenciales estatales que pueden incidir sobre los derechos establecidos por el Estatuto. Habrá pues que deslindar con cuidado cuándo es de aplicación sólo el primer inciso del art. 13 EAAnd, por dirimirse estrictamente una cuestión competencial, y cuándo lo es el segundo, por tratarse de materias en las que tanto el Estado como la CAA pueden esgrimir sus propias competencias, en las que lo que debe dirimirse es dónde se encuentra el estándar más protector. 63

En el caso de competencias estatales exclusivas, es claro que la regulación de los derechos constitucionales que pudieran ejercerse en esos sectores materiales cae también con carácter exclusivo dentro del título competencial estatal, por lo que la cláusula competencial despliega todos sus efectos, excluyendo la competencia autonómica para establecer derechos estatutarios al respecto. No es posible aquí una regulación autonómica de los derechos estatutarios, no sólo aquella que «limite» o «reduzca» la protección establecida por el Estado, tampoco la que la incremente. Pero es diferente el caso de las competencias estatales de normación básica, que pueden afectar, por ejemplo, a sectores como la salud o la educación (art. 149.1.16.ª y 30.ª CE), donde se ejercen derechos o principios constitucionales (arts. 27 y 43 CE) y también derechos estatutarios (arts. 21 y 22 EAAnd). Habida cuenta de la amplitud con la que el TC ha interpretado los posibles 64

contenidos de «lo básico» que se atribuye al Estado en estos y otros títulos estatales, el ejercicio de estas competencias puede dar lugar a dos fenómenos distintos.

- 65 Por una parte, es posible que las competencias estatales se ejerzan regulando de manera completa el sector material acotado como básico, de manera que los derechos constitucionales que se ejercen en el mismo sean también objeto de una regulación caracterizada por su integridad. Si la normación básica estatal adopta esa naturaleza, debe entenderse que la regulación por el Estado del derecho constitucional afectado excluye, por falta de título competencial, la posibilidad de que la CAA incida con su propia normativa sobre ese derecho, aunque la norma andaluza sea más protectora. Es cierto que la normación básica estatal no debe impedir que la CAA pueda desarrollar políticas propias (art. 42.2.2.º EAAnd), pero también lo es que la intervención del Estado no debe por ello de caracterizarse necesariamente por contener sólo mínimos o principios que la CAA pueda, a su vez, incrementar. Ésta es una modalidad de normación básica por la que puede optar el Estado, pero que no puede imponerse desde un Estatuto de Autonomía (STC 31/2010 FJ 60.º). Cuando, dentro de lo constitucionalmente permitido, el Estado decide que su competencia sobre lo básico incluye una regulación completa del régimen jurídico del derecho constitucional en el preciso sector material que se ha delimitado como tal, la CAA podrá desarrollar las bases estatales, pero no podrá implementar sus políticas propias estableciendo contenidos o garantías adicionales a los derechos constitucionales regulados por el Estado. A estos casos les es de plena aplicación la cláusula competencial del primer inciso del art. 13 EAAnd.
- 66 Ahora bien, que la regulación básica estatal no deba, necesariamente, adoptar la forma de «principios o mínimo común normativo» (éste es parte del inciso del art. 111 EAC declarado inconstitucional por la STC 31/2010), no significa que el Estado no pueda aprobar normas básicas que tengan ese carácter, eso sí, sin que esa decisión pueda tener ningún condicionante añadido a lo que disponga al efecto la CE (y, vale decir, a lo que interprete el TC). En esos casos, los posibles derechos constitucionales que se ejerzan en los correspondientes sectores materiales acotados como básicos por el Estado podrán, si la CAA tiene los títulos competenciales correspondientes y así se ha decidido en el Estatuto, ver incrementados sus contenidos o sus garantías en virtud de los correspondientes derechos estatutarios, en el bien entendido de que estos derechos no podrán, en ningún caso, limitar o reducir la protección que a los derechos o principios constitucionales les ha otorgado (además de, va de suyo, la propia Constitución y, en su caso, la Ley Orgánica) la legislación básica estatal. En estos casos, es de aplicación la cláusula de mínimos del segundo inciso del art. 13 EAAnd: la relación entre el derecho constitucional y el estatutario no debe dirimirse como una cuestión competencial, sino como una cuestión de estándares de protección.
- 67 La aplicación alternativa de la cláusula competencial o la de mínimos para disciplinar la relación entre derechos constitucionales y estatutarios, en función de la modalidad de normación básica que, dentro de lo permitido por la CE, haya acometido el Estado, tiene una serie de particularidades cuando la competencia que se ejerce es la que establece el art. 149.1.1.º CE, que como se sabe atribuye al Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales».



En primer lugar, hay que aclarar que esta disposición constitucional otorga un título competencial al Estado, pero no se erige, directamente, en un límite a las declaraciones estatutarias de derechos (una visión centrada en este carácter puede verse, en sentido contrario, en CARRILLO, M., 2007, pág. 74; ésa es también una de las funciones que le atribuye BALAGUER CALLEJÓN, M.L., 2007, pág. 7). El art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE no proporciona por él mismo un criterio para establecer la eventual contradicción con la Constitución de normas de las comunidades autónomas que regulen derechos estatutarios, sino que habilita al Estado para dictar normas que, una vez aprobadas, tendrán este carácter. Es en este sentido que el TC ha afirmado que los derechos estatutarios deben respetarlo, como uno de los límites que le impone la Constitución, pero precisando a renglón seguido que «no puede invocarse en abstracto», puesto que «ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la "condición básica" del ejercicio del derecho constitucional que se considere infringida» (STC 247/2007, FJ 17.º, remitiendo a doctrina anterior). El límite que el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE plantea a los derechos estatutarios es, pues, sólo «potencial o virtual» (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 39), en el sentido de que sólo entra en acción una vez que el Estado haya definido una «condición básica» que garantice la igualdad de los españoles en el ejercicio de un derecho constitucional. Para que ese límite pueda entrar en acción hace falta, pues, que el Estado ejerza efectivamente la competencia que aquí se le atribuye, momento en el cual la norma estatal podrá ser esgrimida frente a las autonómicas que incidan sobre ese derecho constitucional. 68

No es pacífico que la intervención estatal *ex art.* 149.1.1.<sup>a</sup> CE exija, a su vez, un desarrollo anterior del derecho, mediante Ley Orgánica si pesa esa reserva, o mediante el título estatal que sea aplicable (en ese sentido, LUCAS MURILLO, E., 1999, págs. 33-38; sobre las controvertidas relaciones entre la reserva de Ley Orgánica y la competencia del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE en la jurisprudencia constitucional, véase VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., 2007, págs. 205-07). Pero sí debe considerarse establecido que su proyección sobre la normativa autonómica sólo puede producirse una vez que el Estado la ha ejercido efectivamente. El art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE no actúa nunca como límite «a priori» (o mejor, lo hace sólo con respecto al Estado, que no puede ejercer la competencia de regulación de las condiciones básicas fuera de los límites que del mismo pueden deducirse; en este sentido, APARICIO, M. A./BARCELÓ, M., 2008, pág. 23). A diferencia del art. 139.1 CE, no podría formar parte, por sí mismo, del parámetro de mínimos de los derechos del Estatuto, aunque sí atribuye al Estado la competencia para dictar normas que, una vez aprobadas, podrían formar parte de él. 69

Las dudas que han podido surgir en torno al carácter del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE provienen, más que de una controversia sobre su naturaleza competencial, que se desprende claramente tanto de su literalidad como de su ubicación sistemática (se trata precisamente de la primera en el listado de competencias del Estado), de la amplitud con la que, en la práctica, el Estado lo ha esgrimido para aprobar normas bajo su cobijo («competencia comodín» la ha denominado BARNÉS, J., 2004). Esas dudas se han vertido también sobre los diversos elementos que caracterizan constitucionalmente esta competencia estatal, tanto las «condiciones básicas» y la «igualdad» que éstas deben garantizar, como la extensión que cabe dar al precepto, es decir, los «derechos» sobre cuyo ejercicio y los «deberes» sobre cuyo cumplimiento se puede proyectar la acción del Estado<sup>17</sup>. 70

<sup>17</sup> Sobre el doble aspecto del art. 139.1 CE y, en concreto, sobre la relación entre su papel de canon de igualdad intrautonómica y la titularidad de los derechos estatutarios, véase el comentario al art. 12.

- 71 La idea mayoritaria es que la «igualdad» que menciona esta disposición no se identifica con la «real y efectiva» del art. 9.2 CE, pues éste encierra un mandato a todos los poderes públicos y no sólo al Estado, aunque no por ello pueden excluirse de los «derechos y deberes constitucionales» sobre los que pueden proyectarse los principios rectores del Capítulo III del Título I CE (véase un resumen doctrinal de la cuestión en CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2007 págs. 106-108). Es cierto que el TC ha reafirmado que el objeto del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE son «sólo y específicamente los derechos regulados en la Constitución» (STC 247/2007, FJ 17.º, remitiendo además a la STC 61/1997, FJ 7, donde limitó su alcance a los «derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos»). Pero se trata, más bien, de una exclusión encaminada a dejar fuera de su ámbito los sectores materiales en los que esos derechos se ejercen, de manera que no pueda actuar como un título horizontal sobre esas materias (en este sentido, CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2007, pág. 93).
- 72 Con respecto al concepto de «condiciones básicas», parte de los problemas que se plantean reproducen, con particularidades, un debate parecido, en cuanto a sus consecuencias prácticas, al que se ha mencionado más atrás en relación con la legislación básica: si esas condiciones, por básicas, deberían tomar siempre la forma de regulación de un tramo del contenido sustantivo del derecho, un «mínimo» que las comunidades autónomas podrían, dentro de su ámbito competencial, incrementar, o si, por el contrario, podría tratarse de una regulación puntual pero completa. Ciertamente, el TC ha reiterado (así en la STC 247/2007, FJ 17.º) que el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE no habilita de modo genérico al Estado para dictar normas básicas sobre derechos constitucionales del mismo modo que otros de su apartados lo hacen sobre otras materias, ya que «no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación de desarrollo», y que atribuye al Estado la competencia exclusiva de «incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara» (STC 61/1997, FJ 7.º).
- 73 Ahora bien, aunque la competencia estatal sobre estas condiciones no se identifique con el contenido sustantivo del derecho, sino más bien con las condiciones «con arreglo a las cuales dichos derechos han de ser ejercidos» (STC 247/2007, FJ 17.º), el hecho de que la misma no se extienda a los sectores materiales en los que esos derechos pueden ejercerse, y la afirmación del TC de que el Estado debe limitarse a imponer «una cierta homogeneidad en el ejercicio de tales derechos [constitucionales] cuando ello fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate» (STC 247/2007, FJ 17.º), permite equiparar los efectos de la competencia del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE con los típicos de una cláusula de mínimos. Ciertamente que, según la jurisprudencia constitucional, no cabe «desarrollo» autonómico de las «condiciones básicas», pero una regulación que impone sólo la homogeneidad aconsejable para evitar una excesiva diversidad no parece capaz de cerrar la puerta a todo incremento estatutario de la protección de los derechos constitucionales.
- 74 Con todo, está por ver cómo se desenvolverá en el futuro la competencia del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE en relación con los nuevos derechos estatutarios (CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2008, pág. 119, es de la opinión de que la intervención estatal encaminada a fijar tramos normativos sustantivos de estos derechos que la STC 247/2007 parece descartar a favor de intervenciones puntuales no sustantivas, pese a aparentar lo contrario, no reduce

sino que amplía sus posibilidades de uso, o al menos la vuelve más imprevisible; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2007 pág. 212, por su parte, sugiere que su contenido, además de excluir la normación sustantiva de estos derechos, debería reducirse a una «dimensión institucional» que habilitaría al Estado para establecer únicamente «instituciones, garantías [y] procedimientos»). Si parece claro que, en principio, esta competencia estatal no podrá proyectarse sobre los derechos estatutarios que no incidan sobre el régimen jurídico de los derechos constitucionales (los que no los «reproduzcan», dice en un sentido aparentemente más estricto la STC 247/2007, FJ 17.º), pues éstos son los únicos sobre los que esta disposición facultaría al Estado para intervenir.

No cabe desconocer, sin embargo, que la irrupción de las declaraciones estatutarias de derechos en nuestro ordenamiento abre nuevas posibilidades para el uso del art. 149.1.1.ª CE como instrumento de homogeneización de estándares, pues si el despliegue de los derechos estatutarios en distintas comunidades autónomas condujera a una excesiva diversidad en la modulación del régimen jurídico de un derecho constitucional en un determinado sector material de competencia autonómica, el Estado podría abordar la regulación de las condiciones básicas que garantizaran la igualdad en su ejercicio estableciendo para todo el territorio nacional un estándar homogéneo de protección del derecho constitucional afectado, en el que, llegado el caso, podría decidir incluir alguna de las prestaciones o contenidos adicionales establecidos como desarrollo de un derecho estatutario por la normativa autonómica. Que ése no sea el papel que le debe corresponder al Estado «central» en la actual conformación de nuestro modelo de organización territorial (ver, en este sentido, las interesantes consideraciones de VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2007, pág. 220 y ss), no significa que, en el futuro, la evolución que susciten las propias declaraciones de derechos no nos haga acercarnos, también con respecto a ese punto, a un modelo tendencialmente federal en materia de derechos, si es que efectivamente llegan a ser tomadas «en serio» (ésta es la crítica que hace de la STC 247/2007 CÁMARA VILLAR, G., 2007). 75

Dicho de otro modo, es posible que el único modo de compensar el incremento de la diversidad en materia de derechos que traerán consigo los derechos estatutarios sea reforzar el papel del Estado como garante del papel unificador mediante un estándar que haga las veces de parámetro de mínimos. El art. 149.1.1.ª CE podría así jugar un papel similar, salvando las distancias, a la cláusula de «incorporación» de la XIV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (ésta era, mucho antes de la irrupción de las declaraciones estatutarias de derechos, aunque reconociendo que no había tenido eco en el TC, la «intuición» de RUBIO LLORENTE, F., 1999, pág. 25). Es precisamente la comparación con lo ocurrido en ese país lo que sugiere que, incluso en esas circunstancias, la «incorporación» de derechos estatutarios no podría impedir que las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias, incidieran a su vez en las «condiciones no básicas» del régimen jurídico del derecho previamente «incorporado», incrementando su protección por encima del estándar ya definido como homogéneo en todo el territorio nacional. Los derechos estatutarios podrían adquirir de este modo un papel de retroalimentación sucesiva del propio sistema de derechos constitucionales, en lo que podríamos llamar, siguiendo con la misma comparación, un escenario de «post- 76

incorporación» (tomo el término de la «post-Incorporation Era» a la que se refieren COLLINS, R.K.L./GALIE, P.J./KINCAID, J., 1986)<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> No debe abusarse, más allá de la idea general de la posibilidad de una interacción dialéctica entre los niveles central y periférico de protección de derechos, de la comparación entre España y Estados Unidos, pues las diferencias entre ambos son notorias. Para empezar, el art 149.1.1.ª CE atribuye, como ya se ha dicho, un título competencial al Estado, lo que haría que las vías en nuestro país de ese hipotético proceso de incorporación fueran predominantemente normativas (con el consiguiente protagonismo del Parlamento o el Gobierno) y no jurisprudenciales, como ocurrió con la paulatina interpretación de la XIV Enmienda por el TS norteamericano. Pero hay muchas más diferencias entre ambos países, algunas muy significativas, como la carencia de nuestras comunidades autónomas, al contrario que los Estados federados en los EE.UU., de competencias en materia penal o procesal penal, sin duda uno de los campos más propicio para el surgimiento de estos «*dialectical developments*».

**Artículo 14. Prohibición de discriminación**

*Se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20908])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21058]).

**Artículo 14. Prohibición de discriminación**

*Se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23666]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

**Artículo 14. Prohibición de discriminación**

*Se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la*

*ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 5]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 201]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 253]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 305]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 93]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

### **Artículo 12**

*1. La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitará la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social.*

2. *La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política.*

### **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 15.2); Aragón (art. 12.1); Baleares (art. 17); Castilla y León (art. 14).

### **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

### **E. JURISPRUDENCIA**

[s/c].

### **F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

AGUDO ZAMORA, Miguel: «Derechos sociales, deberes y políticas públicas», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Eds.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Cívitas, Madrid, 2008, págs. 275-278.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Derechos, deberes y principios rectores», en BALAGUER CALLEJÓN, F., et ál.: *El Nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 23-44.

RODRÍGUEZ, Ángel: «Igualdad de género», en BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., MONTILLA MARTOS, J. A., RODRÍGUEZ, A., y RUIZ ROBLEDO, A., *El Nuevo Estatuto de Andalucía*, Madrid, Tecnos, 2007, págs. 45-52.

—: «Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía», en APARICIO, M.A. (Ed.): *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 227-265.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS. C. LAS CAUSAS ESPECÍFICAMENTE PROHIBIDAS DE DISCRIMINACIÓN Y LA PREVISIÓN DE LA POSIBILIDAD DE ACCIONES POSITIVAS.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 El art. 14 es la cláusula antidiscriminatoria del Título I EAAAnd. La «prohibición de discriminación» (ésta es su rúbrica) que establece comparte con el derecho fundamental a no ser discriminado del art. 14 CE no sólo la misma numeración: también una ubicación similar en la estructura de los respectivos títulos –el de la Constitución y el del Estatuto– dedicados al establecimiento de derechos y una arquitectura en algunos sentidos análoga, pues ambas disposiciones se organizan en torno a una interdicción general de la discriminación en el primer inciso, y el despliegue, en el segundo, de una serie de causas específicas por las que la discriminación se encuentra «particularmente» prohibida.
- 2 Pero, además de en la distinta naturaleza de los derechos que establecen cada una de ellas (véase, sobre la naturaleza de los derechos estatutarios, el comentario al art. 12), ambas disposiciones difieren en otros aspectos muy significativos: en primer lugar, en que, a diferencia del derecho del art. 14 CE, el derecho del art. 14 EAAAnd no es un derecho, en general, a la igualdad ante la ley, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna», sino sólo un derecho a no ser discriminado «en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título»; en segundo lugar, en que no todas las causas de discriminación específicamente prohibidas por el Estatuto lo están por la Constitución, y, por último, en que la disposición estatutaria incorpora a su propio texto la previsión de que la prohibición de discriminación «no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas».
- 3 Los parecidos y las diferencias entre el derecho fundamental del art. 14 CE y el derecho estatutario del art. 14 EAAAnd serán también el criterio para ordenar el presente comentario. Así, estudiaremos en el epígrafe siguiente la relación de la prohibición de discriminación estatutaria con el resto de los derechos y principios del título I EAAAnd. Y a continuación, el papel que, respectivamente, han otorgado la Constitución y el Estatuto al establecimiento de causas específicamente prohibidas de discriminación y la incorporación expresa, sólo en el art. 14 EAAAnd, de la posibilidad de acciones positivas que no pueden ser impedidas por lo establecido en los incisos anteriores del propio artículo.

### B LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS

- 4 La discriminación que prohíbe el art. 14 EAAAnd se limita al «ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados



en este Título». Ello impide, en principio, poder hablar de una cláusula general antidiscriminatoria «ante la ley» en el Estatuto, en el sentido establecido por el art. 14 CE. El estatuyente ha reducido el derecho a no ser discriminado a los tratos irrazonablemente desiguales que puedan darse con ocasión del ejercicio de derechos, del cumplimiento de deberes o de la percepción de prestaciones, siempre que –y sólo cuando– se trate de derechos, prestaciones o deberes del Título I EAAnd. El ámbito del derecho estatutario no es, por tanto, tan amplio como el contemplado por el derecho constitucional del art. 14 CE, cuya interdicción de discriminación se proyecta sobre cualesquiera situaciones discriminatorias en las que, siempre que estén reguladas por una norma jurídica, pueda encontrarse su titular.

El diferente ámbito de cada una de estas dos disposiciones no afecta al hecho de que los poderes públicos autonómicos estén vinculados a ambas: en la medida en que el art. 14 EAAnd establece un derecho estatutario a no ser discriminado en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en el Título I EAAnd, ese derecho vincula a «todos los poderes públicos andaluces» (art. 38 EAAnd). Pero, en tanto que el art. 14 CE establece un derecho fundamental a la igualdad ante la ley que prohíbe cualquier trato discriminatorio, ese derecho vincula a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y, entre ellos, va de suyo, a los propios poderes públicos andaluces. Las reglas generales sobre la articulación de ambas obligaciones, basadas en dos cláusulas, la competencial y la de mínimo estándar, están recogidas, por su parte, en el art. 13 EAAnd (a cuyo comentario nos remitimos). <sup>5</sup>

El Estatuto es prolijo en derechos que podríamos considerar concreciones específicas de una idea genérica de igualdad, y que, por lo tanto, parecerían ser los más idóneos para que su ejercicio se protegiera por el derecho a no ser discriminado que establece el art. 14 EAAnd. Podrían citarse a este respecto todos los que consagran un derecho de acceso «en condiciones de igualdad» a una serie de prestaciones: las del sistema público de servicios sociales (art. 23.1 EAAnd), las viviendas de promoción pública y las ayudas para las mismas (art. 25 EAAnd), el empleo público (art. 26 EAAnd), el disfrute de los recursos naturales, del entorno y del paisaje (art. 28 EAAnd) y la cultura y el disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos (art. 33 EAAnd). Ahora bien, interpretar el derecho del art. 14 EAAnd sólo como una prohibición de discriminación en el ejercicio de esos derechos (lo mismo podría decirse de los deberes) plantea de inmediato el problema de su posible redundancia con respecto a las propias disposiciones que los establecen. En todos los derechos estatutarios, aunque de manera más patente en los que acaban de citarse, que agotan precisamente en ese punto su contenido, forma sin duda parte del derecho en cuestión la facultad de impugnar cualquier trato discriminatorio en su ejercicio: cada una de las disposiciones que proclama un derecho estatutario vendría ya a establecer una prohibición de discriminación a la hora de ejercerlo a la que nada añadiría entonces el art. 14 EAAnd. Así las cosas, la única interpretación plausible por no redundante del primer inciso de esta disposición lo entendería como una simple manera de introducir las cláusulas específicas de discriminación a las que nos referimos en el epígrafe siguiente. <sup>6</sup>

Mayor trascendencia podría tener explorar una distinta vía interpretativa para el primer inciso del art. 14 EAAnd en relación no ya con los derechos (o deberes), sino con los principios rectores estatutarios. A diferencia de los derechos, cuya consagración estatutaria lleva ya consigo la interdicción de trato discriminatorio en su ejercicio, los <sup>7</sup>

principios rectores, tanto por su naturaleza de normas programáticas como por la peculiar forma en la que se garantizan (véase el comentario al art. 40), implican una amplísima (cuasi incondicionada, en la mayoría de los casos) libertad de configuración del legislador, que difícilmente puede verse limitada por el mandato constitucional de «igualdad ante la ley»: la esencia misma de muchos de los principios rectores es la legitimación de normas de carácter sectorial de carácter compensatorio cuyos destinatarios son, precisamente, colectivos para los que se establecen políticas públicas que, tratando de manera desigual a los desiguales, intentan paliar situaciones materialmente desigualitarias. Ése es el caso, por ejemplo, de prácticamente la mitad de los principios rectores estatutarios, los contemplados en los apartados 2.º al 9.º del art. 37.1 EAAAnd, dirigidos a mujeres, extranjeros, homosexuales, personas mayores, dependientes, discapacitados, personas en situación de marginación, pobreza o exclusión y discriminación social, jóvenes e inmigrantes.

- 8 Así las cosas, el despliegue de los principios rectores se somete a la interdicción constitucional de trato discriminatorio, es decir, irrazonablemente desigualitario, pero sólo en la medida en que pueda entrar en conflicto con éste como derecho subjetivo a no ser discriminado (art. 14 CE). Dicho de otro modo: ese derecho –el derecho a no ser discriminado– no forma parte del contenido del principio rector (que no encierra ni éste ni ningún otro derecho subjetivo), sino que podrá oponerse al despliegue del principio rector cuando éste lo lesione de manera irrazonable. No sólo el trato discriminatorio sería, entonces, un límite –externo– del principio rector, sino que el test de irrazonabilidad del que éste podría deducirse no podría tampoco ignorar los efectos que, al menos en su primer escalón (la legitimidad de la restricción), tendría la propia existencia del principio rector en el que se basa la medida desigualitaria que se cuestiona.
- 9 Pues bien, un posible efecto del art. 14 EAAAnd podría ser introducir algunos cambios en este modo de argumentar en relación con los principios rectores consagrados por el Estatuto. Aunque el art. 14 EAAAnd no crearía ningún derecho subjetivo en los principios rectores estatutarios, en los que, como en los constitucionales, éstos sólo podrán llegar a apreciarse «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 40 EAAAnd), sí permitiría que frente a un eventual desarrollo discriminatorio del principio rector pudiera erigirse el derecho estatutario a no ser discriminado en la prestación de esos servicios, no ya como un límite externo del principio rector, sino, de manera análoga a como sucede con los derechos, como una parte integrante de su contenido. El art. 14 EAAAnd estaría, pues, posibilitando un constreñimiento más intenso del legislador a la hora de desarrollar los principios rectores estatutarios, pues habría introducido la prohibición de trato discriminatorio en el contenido (ya no incondicionalmente disponible) de cada uno de ellos.
- 10 Hay, en cualquier caso, una interpretación de este primer inciso del art. 14 EAAAnd que sí estaría vedada por el propio Estatuto: su lectura como título competencial. Como se sabe, el derecho constitucional a la igualdad y la interdicción de discriminación del art. 14 CE no se encuentran sometidos a una reserva de Ley Orgánica en su legislación de desarrollo, que sólo deberá tener ese carácter cuando así venga requerido por el derecho sustantivo en cuyo seno se regulen las condiciones de igualdad para su ejercicio, y, por ello, el legislador estatuyente no se encuentra limitado por una atribución competencial general del desarrollo del derecho fundamental a la igualdad

por parte del Estado. No obstante, ni siquiera en los casos en que la prohibición de trato discriminatorio se proyecte sobre materias que queden extramuros de la reserva de Ley Orgánica, podría la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, CAA) abordar su regulación sin esgrimir un título competencial específico, ya que el art. 13 EAAnd impide que pueda valer como tal el propio art. 14 EAAnd.

Hay que decir, por último, que las dificultades de articulación entre el art. 14 CE y el art. 14 EAA son evidentes y provienen del complicado juego combinatorio que abren sus diferentes normaciones sobre titulares, ámbito y cláusulas antidiscriminatorias específicas (imaginemos, por ejemplo, el caso de un extranjero, que no es titular del derecho del art. 14 CE, con vecindad administrativa en la CAA, titular por tanto de los derechos estatutarios, que se queja de la discriminación positiva por razón de edad, criterio no contemplado por la Constitución, pero sí por el Estatuto, que beneficia a un nacional pero no a él en el ejercicio de su derecho estatutario de acceso a la vivienda de promoción pública del art. 25 EAAnd; véanse otros ejemplos en RODRÍGUEZ-VERGARA, A., 2008, pág. 240). Sólo la jurisprudencia y la construcción doctrinal del encaje entre derechos constitucionales y estatutarios podrán en el futuro ir proporcionando una respuesta a casos como estos.

### C. LAS CAUSAS ESPECÍFICAMENTE PROHIBIDAS DE DISCRIMINACIÓN Y LA PREVISIÓN DE LA POSIBILIDAD DE ACCIONES POSITIVAS

El art. 14 EAAnd incluye, igual que el art. 14 CE, una serie de criterios específicos de discriminación. Los contemplados constitucionalmente (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión) se encuentran también en el Estatuto (si bien se dice «orígenes étnicos» en lugar de «raza» e «ideología» en lugar de «opinión»). Pero a ellos se suman otros: orígenes sociales, lengua, cultura, características genéticas, patrimonio, discapacidad, edad u orientación sexual. Al terminar también la disposición estatutaria, como la constitucional, con una cláusula abierta —«cualquier otra circunstancia personal o social»— debe entenderse que la función de estos criterios específicos es, como en la CE, reforzar la presunción de discriminación cuando con base en ellos se establezca un trato desigual.

En efecto, la prohibición expresa de usar determinados criterios personales o sociales como causa de discriminación tiene un papel muy concreto en nuestro derecho constitucional, que puede resumirse en la doble intención de recordar las causas de discriminación que han sido históricamente más inicuas y de volcar sobre las mismas una sospecha especialmente fuerte de inconstitucionalidad. Entre las causas de discriminación particularmente odiosas, el Estatuto ha prestado una especial atención a las relacionadas con el sexo, a las que añade expresamente (a diferencia de la Constitución) la orientación sexual.

En realidad, la preocupación por la desigualdad de género no está presente sólo en el Estatuto en el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, sino que también lo está en otras disposiciones estatutarias que, al igual que ésta, establecen derechos subjetivos específicos, como el derecho a «la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos» (art. 15 EAAnd), atribuyendo a las mujeres el derecho a una protección integral contra la violencia de género, protección que incluye «medidas

preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas» (art. 16 EAAAnd), o garantizando a todas las personas el derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género, mandando además a los poderes públicos para la promoción de políticas que garanticen el ejercicio de este derecho (art. 35 EAAAnd). En todos esos casos hay un reforzamiento estatutario de la prohibición de discriminación por razón de sexo: no sólo mediante la consagración de la misma como una discriminación especialmente odiosa en el art. 14 EAAAnd, sino también mediante el establecimiento de derechos cuyo contenido específico está directamente relacionado con la prohibición de la misma.

- 15 Es pacífico doctrinal y jurisprudencialmente que la interdicción de la discriminación no prohíbe cualquier tipo de trato desigual, sino sólo el trato propiamente discriminatorio. La diferencia entre uno y otro también ha sido suficientemente aclarada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional: la discriminación es un trato desigualitario no razonable, entendiendo por tal el que no encuentra una justificación constitucional, no es adecuado a la finalidad que persigue o no es proporcional al objetivo que pretende cumplir. Por esta razón, las acciones positivas, es decir, tratar mejor (y por lo tanto de manera desigual) a un colectivo menos favorecido, no se consideran tratos discriminatorios, tampoco frente al art. 14 EAAAnd, siempre que cumplan las condiciones que acaban de mencionarse (así, AGUDO ZAMORA, M., 2008, págs. 275-78).
- 16 En la Constitución, sin embargo, el fundamento de las acciones positivas no forma parte del derecho a no ser discriminado, sino que se encuentra en una disposición constitucional distinta, la que consagra la igualdad real y efectiva, que además no encierra propiamente un derecho fundamental, sino tan sólo un mandato al legislador (art. 9.2 CE). Esto quiere decir que, según nuestra norma constitucional, cuando confrontamos la igualdad formal, y su consecuente derecho a no ser discriminado, con acciones positivas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva, no ponemos en la balanza dos derechos fundamentales, puesto que no existe un derecho fundamental a la desigualdad: la desigualdad compensatoria vendrá sólo como resultado de las acciones de los poderes públicos, pero no como resultado del ejercicio de derechos de los ciudadanos.
- 17 El Estatuto no puede cambiar este estado de cosas, pero introduce una matización importante en las acciones positivas que sean competencia de la Junta de Andalucía: el fundamento de las mismas se traslada al núcleo del derecho a no ser discriminado, cuyo contenido no puede impedir el desenvolvimiento de las acciones positivas que, respetando siempre su razonabilidad, pongan en marcha los poderes públicos de la Comunidad. Así, el art. 14 EAAAnd incorpora, en la propia disposición en la que prohíbe la discriminación, una aclaración: que la misma no impedirá «acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas».
- 18 Esta incorporación tiene, al menos, dos consecuencias para la correcta interpretación de esta norma: en primer lugar, aunque no llega a establecer un «derecho al trato desigual», puesto que las acciones positivas sólo se encuentran «no impedidas», (aunque CÁMARA VILLAR, G., 2007, pág. 34, la califica de «salto de las barreras formales» y «puesta en pie de un derecho desigual igualatorio»), éstas no encuentran su fundamento en una norma distinta, actuando por lo tanto como un límite externo al derecho a no ser discriminado (del modo en que interactúan los arts. 14 y 9.2 CE), sino

que su posibilidad forma parte del mismo derecho que se establece, pasando por lo tanto a ser elemento definidor del mismo o, si se quiere, límite «interno».

La segunda consecuencia tiene que ver con las cláusulas «altamente sospechosas» de discriminación que incluye el Estatuto y que se han analizado más atrás. A la luz de lo dispuesto en el inciso final sobre las acciones positivas, su papel podría llegar a ser en cierto modo el inverso del de las cláusulas que menciona la Constitución: las cláusulas del Estatuto serían aquéllas en virtud de las cuales el estatuyente ha querido delimitar los «grupos, sectores o personas» más desfavorecidos a los que se refiere. De modo que, de criterios con base en los cuales difícilmente se podría justificar un trato desigual, como ocurre en la Constitución, pasan ahora a ser, precisamente, los criterios con respecto a los cuales más legitimado estaría el legislador autonómico para establecerlos. 19

Entre ellos cobran también un especial protagonismo las acciones positivas encaminadas a luchar contra la situación de discriminación de la mujer. Ya el Estatuto de 1981 contenía algunas alusiones a esta especial situación de desigualdad material, situándose en este sentido en una posición más avanzada que la propia Constitución, que, aprobada sólo tres años antes, carecía de disposiciones específicamente orientadas a esta finalidad, salvo la cláusula de igualdad entre los cónyuges introducida a la hora de regular el derecho a contraer matrimonio. De este modo, donde la Constitución afirmaba de manera genérica, como sigue haciendo ahora, que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), el Estatuto de entonces añadía que la Comunidad Autónoma propiciaría «la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política» (art. 12.2 EAAnd 1981). 20

La especial preocupación por la igualdad de género estaba pues presente en el primer texto estatuario, de la mano de la inclusión de la plena igualdad entre hombres y mujeres como uno de los objetivos básicos de la Comunidad. Sin embargo, ésa era la única vez en la que el Estatuto hacía referencia a esta cuestión. De hecho, era la única mención a la mujer en todo el texto estatutario. La reforma de 2007 ha cambiado sustancialmente las cosas. Hoy la preocupación por la igualdad de género se encuentra presente prácticamente a lo largo de todo el Estatuto, dedicándole un buen número de disposiciones, de modo particular el establecimiento de derechos estatutarios específicos para las mujeres; además, la idea de igualdad de género se proyecta no sólo sobre la situación que pueda tener la mujer a causa de su sexo, sino también sobre cualquier tipo de discriminación que pueda estar causada por el género o la condición sexual de las personas. 21

Así, el Estatuto contiene (v. RODRÍGUEZ, A., 2007, págs. 45-52), por un lado, un buen número de normas programáticas que se refieren a los principios que deben regir en la consecución de la igualdad entre hombre y mujeres o regulan técnicas o principios concretos para conseguir este objetivo. Estas normas, además, se ven encabezadas por las que establecen los objetivos básicos de la Comunidad. En relación con la igualdad de género, persiste (art. 10.2 EAAnd) la cláusula del Estatuto de 1981 que se ha mencionado anteriormente, que sigue presente en el texto actual. Además, entre los principios rectores de las políticas públicas destacan también algunos relativos a la 22

igualdad de género. Así, la Comunidad proclama entre sus principios rectores la lucha contra el sexismo (al igual que contra la xenofobia, la homofobia y el belicismo) y la educación en valores que fomenten la igualdad (y la tolerancia, la libertad y la solidaridad), la plena equiparación laboral entre hombres y mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Otras referencias a la igualdad de género a lo largo del texto estatutario se encuentran en las disposiciones que regulan el empleo (no discriminación por embarazo o maternidad en el art. 167 EAAnd; conciliación de la vida familiar y laboral en el art. 168 EAAnd), la enseñanza (educación en el valor de la igualdad entre hombre y mujeres en los planes de estudio en el art. 21.8 EAAnd), la contratación y subvención pública (igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el art. 174.c EAAnd) o los medios audiovisuales (encomendando a éstos velar por la igualdad de género y la eliminación de cualquier forma de discriminación en su programación en el art. 208 EAAnd). Hay que mencionar también las disposiciones estatutarias que regulan técnicas o principios concretos para conseguir objetivos relacionados con la igualdad de género, entre las que destacan las que hacen alusión al «impacto de género» (art. 114 EAAnd) y a la democracia paritaria o presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales al Parlamento (art. 105.2 EAAnd) o en los órganos de designación parlamentaria (art. 107 EAAnd).

- 23 En todo caso, y como ya se hecho referencia, tampoco el inciso final del art. 14 EAAnd puede servir de título competencial para la implementación de acciones positivas por parte de la CAA. Lo que aquí se regula es que la prohibición de discriminación no las impedirá, pero hace falta, además, que puedan esgrimirse títulos competenciales idóneos para su desarrollo. La cláusula competencial específica para las acciones positivas en políticas de género es el art. 73 EAAnd, que distingue competencias exclusivas de la Comunidad y otras que se comparten con el Estado. Tienen el carácter de exclusiva las competencias sobre promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, en todos los ámbitos, que incluye la posibilidad de dictar normas, tanto propias como de desarrollo de las del Estado, sobre esta materia; la planificación y puesta en marcha de las acciones positivas, y la promoción del asociacionismo de mujeres. Con el carácter de competencia compartida con el Estado se contempla la protección de las mujeres contra la violencia de género, si bien la Comunidad podrá regular servicios y destinar recursos propios para dispensar una protección integral, y establecer medidas e instrumentos para la detección y prevención de este tipo de violencia y destinados a la sensibilización de la población. En base a todos ellos pueden desarrollarse las acciones positivas que el art. 14 EAAnd menciona.

## CAPÍTULO II

### DERECHOS Y DEBERES





## CAPÍTULO II

### Derechos y deberes

#### Artículo 15. Igualdad de género

*Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20908])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21059]).

**Artículo 15. Igualdad de género**

*Se garantiza el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23649]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

**Artículo 15. Igualdad de género**

*Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.*

### II. CORTES GENERALES

#### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 5]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 202]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 253]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 93]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

### *Artículo 12*

[...].

2. *La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política.*

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 19); Comunidad Valenciana (art. 10.3); Aragón (art. 24); Baleares (art. 16.3); Castilla y León (art. 14); Extremadura (art.7.12).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.
- Decreto 437/2008, de 2 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres.
- I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía (2010-2013).

## E. JURISPRUDENCIA

STC 229/1992, FJ 2.º  
STC 109/1993, FJ 5.º  
STC 317/1994, FJ 2.º  
STC 253/2004, FJ 7.º  
STC 182/2005, FJ 4.º  
STC 3/2007, FJ 3.º  
STC 12/2008, FJ 2.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUDO ZAMORA, Miguel: «Parecer sobre la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *La Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas. Pareceres*, IAAP, Sevilla, 2007, págs. 55-71.

—: «La inclusión de un catálogo de derechos y deberes en el Estatuto de Autonomía para Andalucía», en RUIZ RICO-RUIZ, G.: *La Reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso de la ACE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 351-376.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, y TUR AUSINA, Rosario: «Los derechos en el constitucionalismo: Tipología y tutela "multilevel"», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20 (2007), págs. 231-276.

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando: «Parecer sobre la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *La Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas. Pareceres*, IAAP, Sevilla, 2007, págs. 73-82.

ASTOLA MADARIAGA, Jasone: «Mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico del país vasco», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y estatutos de autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 317-349.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: «Derechos, principios y objetivos relacionados con la igualdad de género», en BALAGUER CALLEJÓN, F.; *et ál* (Coords.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, IAAP, Sevilla, 2008, I, págs. 281-296.

—: «Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 13 (2008), II, págs. 11-31.

—: «Derechos estatutarios y constitucionalismo multinivel», en CÁMARA VILLAR, G. (Coord.): *Derechos, Deberes y Principios rectores en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Una perspectiva comparada*, Factoría de Ideas, Centro de Estudios Andaluces, 2008, III, págs. 170-206.

—: «La reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía en el contexto de las actuales reformas estatutarias y del Estado autonómico integrado en la Unión Europea», en Parlamento de Andalucía. Centro de Publicaciones no Oficiales. *Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Vol. II, Ciclo de Conferencias*, Sevilla, Febrero, 2005, págs. 139-155.

BALAGUER CALLEJÓN, M.<sup>a</sup> Luisa: «El "mainstreaming" de género y su articulación en el ordenamiento comunitario y estatal», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I, 2008*, págs. 61-86.

—: «La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía», en *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, AGUDO ZAMORA, M. (Coord.): Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, I, págs. 38-48.

—: «Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3 (2007), II, págs. 1-22.

—: *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005.

—: «El derecho de igualdad de género: La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres», en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> L., y MERINO HERNÁNDEZ, R. M.<sup>a</sup> (Eds.): *Igualdad, ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Comares, Granada, 2007, págs. 51-69.

BARRERO ORTEGA, Abraham: «Derechos fundamentales: inalienables, imprescriptibles, ¿indivisibles?», en RUIZ-RICO RUIZ, G.: *La Reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso de la ACE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 397-406.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel: «Derechos y garantías jurisdiccionales en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic/Especial Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, 2010, págs. 155-161.

CALVET PUIG, María Dolores, y SEVILLA MERINO, Julia: «Reforma estatutaria y perspectiva de género», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 20 (2008), págs. 17-66.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Los derechos, principios y deberes estatutarios en perspectiva comparada», en *Derechos, deberes y principios rectores en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Una perspectiva comparada*, Factoría de Ideas, Centro de Estudios Andaluces, 2008, págs. 69-170.

—: «Derechos, deberes y principios rectores», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 23-43.

—: «Reflexiones sobre tres aspectos de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: principios, derechos y deberes, y Administración de Justicia», en Parlamento de Andalucía. Centro de Publicaciones no Oficiales. *Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Vol. II, Ciclo de Conferencias*, Sevilla, Febrero, 2005, págs. 157-182.

CIVIT ILLA, Mercé: «El nuevo Estatuto de Catalunya como instrumento para fortalecer y garantizar las políticas de mujeres», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 359-364.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Derechos fundamentales y legislación», en GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (Coord.): *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, págs. 407-424.

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma: «La igualdad de género en el contexto internacional», en ÁLVAREZ CONDE, E.; FIGUERUELO BURRIEZA, A.; NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.); CANCIO ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>. D. (Coord.): *Estudios interdisciplinarios sobre Igualdad*, Iustel, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2009, págs. 317-335.

—: *Sobre el género y su tratamiento en las Organizaciones Internacionales*, Eiuusa, Madrid, 2007.

—: *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007.

ESQUEMBRE VALDÉS, Mar: «Género y Ciudadanía, Mujeres y Constitución», en *Feminismo/s*, núm. 8 (2005), págs. 35-51.

EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: «Derechos y Garantías», en *Revista Catalana de Dret Públic/Especial Sentencia del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, 2010, págs. 168-172.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: «Tratamiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español», en ÁLVAREZ CONDE, E.; FIGUERUELO BURRIEZA, A.; NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.); CANCIO ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>. D. (Coord.): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, Iustel, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2009, págs. 379-653.

—: «Políticas públicas previstas para la igualdad real y efectiva», en FIGUERUELO BURRIEZA, A.; IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. L.; y MERINO HERNÁNDEZ, R. M<sup>a</sup> (Eds.): *Igualdad, ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Comares, Granada, 2007, págs. 193-208.

—: «Igualdad de mujeres y hombres», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 437-458.

FREIXES SANJUÁN, Teresa: «La configuración de la igualdad entre las mujeres y los hombres», en PÉREZ ROYO, J. (Dir.); CARRASCO DURÁN, M.; y URÍAS MARTÍNEZ, J.: *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Vol. I*, Aranzadi, 2006, págs. 617-634.

—: (Coord.): *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, y SALES I JARDÍ, Mercé: «Competencias autonómicas, igualdad de mujeres y hombres y evaluación del impacto de género», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 611-633.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, y SEVILLA MERINO, Julia: «Introducción al Informe sobre las Bases para la Incorporación de la Perspectiva de Género en las Reformas de los Estatutos de Autonomía», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 429-435.

GAMERO CASADO, Eduardo: «Parecer sobre la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas», en

TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *La Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas. Pareceres*, IAAP, Sevilla, 2007, 41-53.

HOLGADO GONZÁLEZ, María: «Parecer sobre la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y Políticas Públicas», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *La Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas. Pareceres*, IAAP, Sevilla, 2007, págs. 83-95.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 73 (2009), págs. 71-190.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: «Sobre la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los principios y los derechos», en Parlamento de Andalucía. Centro de Publicaciones no oficiales. *Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, vol. II*, Ciclo de Conferencias, Sevilla, Febrero, 2005, págs. 85-102.

MARTÍNEZ SAMPERE, Eva: «El concepto de ciudadanía y la creación de las condiciones de igualdad», en GÓMEZ TORRALBO, R. (Coord.): *Estado de Bienestar y Gobernanza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 11-42.

—: «Nuestra común y diferente humanidad: su articulación jurídica», en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 16 (2006), págs. 167-189.

—: «Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: Igualdad entre hombres y mujeres», en Parlamento de Andalucía. Centro de Publicaciones no Oficiales. *Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Vol. II*, Ciclo de Conferencias, Sevilla, Febrero, 2005, I, págs. 57-83.

—: «Hacia la plena ciudadanía», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, II, págs. 45-66.

—: «Conciliación de la vida personal, familiar y profesional», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, 2005, III, págs. 641-650.

—: «Hacia la igualdad: políticas públicas en Andalucía», en *Las mujeres y la experiencia autonómica*, en MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (Coord.), Parlamento de Andalucía, Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 1-43.

*MERIDIAM, Revista del Instituto Andaluz de la Mujer*, núm. 19 (2000).

MONTILLA MARTOS, José Antonio: «El debate sobre las declaraciones de Derechos y principios rectores de las políticas públicas autonómicas en los Estatutos», en CÁMARA VILLAR, G. (Coord.): *Derechos, deberes y principios rectores en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Una perspectiva comparada*, Factoría de Ideas, Centro de Estudios andaluces, 2008, págs. 6-32.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Eficacia y garantía de los derechos», en BALAGUER CALLEJÓN, F.; *et ál.* (Coords.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, IAAP, Sevilla, 2008, págs. 91-113.

PISARELLO PRADOS, Gerardo: «Derechos y garantías jurisdiccionales en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic/Especial sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, 2010, págs. 173-178.

PORRAS NADALES, Antonio: «Derechos y deberes», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 105-115.

—: «Derechos sociales y políticas públicas», en AGUDO ZAMORA, M. (Coord.), *El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, I, págs. 62-73.

—: «Los derechos sociales en el nuevo Estatuto de Andalucía», en RUIZ-RICO RUIZ, G. (Coord.): *El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía* (actas del Seminario celebrado en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén, del 16 al 19 de enero de 2007), Universidad de Jaén, 2007, II, págs. 219-232.

—: «Estado Social y Estado Autónomico», en VV.AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: «Parecer sobre la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *La Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas. Pareceres*, IAAP, Sevilla, 2007, págs. 9-39.

RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Ángel: «Garantías», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 141-156.

—: CÁMARA VILLAR, G. (Coord.): *Derechos, deberes y principios rectores en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Una perspectiva comparada*, Factoría de Ideas, Centro de Estudios Andaluces, 2008, II, págs. 33-68.

—: «Igualdad de género», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *El nuevo Estatuto de Autonomía*, Tecnos, Madrid, 2007, I, págs. 45-52.

—: Ciudadanía europea, derechos sociales y Estatutos de Autonomía: tres propuestas de reforma», en *El Estatuto autonómico: integración, solidaridad, diversidad, Vol. I*, 2005.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: *Los Derechos en la Reforma Estatutaria andaluza: Realidad compleja y proyección jurídica*, Universidad de Jaén, 2008.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: «Parecer sobre la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *La Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas. Pareceres*, IAAP, Sevilla, 2007, págs. 13-28.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La igualdad de mujeres y hombres en el Estatuto de autonomía para Andalucía. Un asunto transversal», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 77-97.

SELVA MASOLIVER, Marta: «La Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 351-358.

SEVILLA MERINO, Julia: «Los derechos de las valencianas en el nuevo Estatuto de Autonomía», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 18 (2007), págs. 205-234.

—: «Transversalidad (*mainstreaming*)», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 501-516.

SEVILLA MERINO, Julia; VENTURA FRANCH, Asunción, y GARCÍA CAMPÁ, Santiago: «La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho social internacional y comunitario*, núm. 67 (2007), págs. 63-81.

TEROL BECERRA, Manuel José: «La España de los Derechos sociales en las Europas vista desde las reformas estatutarias», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13 (2009), págs. 95-130.

TUR AUSINA, Rosario: «Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa», en ÁLVAREZ CONDE, E.; FIGUERUELO BURRIAZA, Ángela; NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.); CANCIO ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> Dolores (Coord.): *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Iustel, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2009, págs. 337-366.

—: «Igualdad y no discriminación por razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11 (2008), págs. 247-292.

VENTURA FRANCH, Asunción: «Ejercicio de los derechos en igualdad», en FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, págs. 537-558.

—: *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES: EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESTATAL. C. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ANDALUCÍA.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 En consonancia con el grado de evolución democrática de la sociedad en esta materia gracias a las aportaciones del feminismo, y como expresión del fuerte compromiso de los poderes públicos andaluces con la igualdad de mujeres y hombres, el Estatuto, siguiendo el camino iniciado por el anterior, de 1981 (sobre el desarrollo del Estatuto de 1981 en materia de igualdad, en su XX aniversario, MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004), da un paso decisivo en esta dirección al integrar la perspectiva de género con carácter



transversal (*mainstreaming*) (SEVILLA MERINO, J., 2005) a lo largo de todo su texto –excepto en el lenguaje, salvo algunos casos concretos–. Por ello, la redacción de su articulado es más completa y precisa, de modo acorde con la normativa y las políticas de la ONU, la UE, y el mandato que el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos en materia de igualdad, desarrollado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH), elaborada al mismo tiempo que el Estatuto. La invención filosófica de la igualdad, con una elaboración teórica cada vez más amplia y, por eso mismo, más concreta en las exigencias para hacerla real, se ha ido pactando políticamente e insertando en la normativa de la ONU, de la UE, de modo implícito en la concepción compleja de la igualdad de la CE y –como desarrollo de ésta– en los Estatutos de autonomía. El universal de la igualdad es la igualdad de féminas y varones, la cual tiene una relevancia decisiva en el Estatuto. Si bien los nuevos Estatutos de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Baleares y Castilla y León también incluyen la igualdad de derechos de mujeres y hombres y la igualdad de oportunidades entre unas y otros, es en el EAAAnd donde se desarrolla este concepto de modo más profundo y detallado. En cambio, el nuevo EAAr incluye la garantía de la igualdad de la mujer en todos los ámbitos dentro de los principios rectores de las políticas públicas. Y el nuevo EAE incluye la plena y efectiva igualdad de la mujer en todos los ámbitos entre los principios rectores de los poderes públicos extremeños. La LORAFNA reformada no la inserta de modo específico; continúa afirmando que los derechos y deberes de las personas con vecindad administrativa en Navarra serán los de «los demás españoles», sin concretar más. De los Estatutos de las demás comunidades autónomas, que están en vigor en sus versiones iniciales, sólo el EACM incluye un artículo similar al art. 12 del EAAAnd de 1981; la inmensa mayoría reproduce el contenido del art. 9.2 CE, salvo el EAM, el cual –como la LORAFNA– establece que los derechos y deberes de las personas con vecindad administrativa en la Comunidad de Madrid serán los de «los demás españoles».

## B. LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES: EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESTATAL

Se trata, pues, de que féminas y varones son iguales en dignidad humana, en derechos y obligaciones para que cada una y cada uno pueda ejercer su libertad individual de modo diferenciado –ya que no hay dos personas idénticas– y participar en todas las esferas privadas y públicas. Garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, como hace el Estatuto, supone, además de la igualdad sustancial, pasar del concepto de libertad como no interferencia al de libertad como no dominación, el concepto propio de una sociedad democrática, en la cual los poderes públicos deben crear las condiciones de igualdad para que cada persona pueda ejercer sus derechos sin ninguna barrera sexista y no estar sometida a obligaciones específicas por su sexo. A la construcción sociocultural de estereotipos y roles, propios del modelo social dominador o patriarcado, que son una carga para ambos sexos y que han llevado a la desigualdad entre féminas y varones, mediante la posición predominante del varón y la subordinación de las mujeres en el ámbito privado y en el público, se le llama «género», concepto que se consolidó a escala internacional en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer, que tuvo lugar en Pekín en 1995.

- 3 En el marco internacional, hay que resaltar que después de la Segunda Guerra Mundial hay un hito fundamental, la creación de Naciones Unidas y la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. La brillante pensadora, escritora y activista Eleanor Roosevelt, viuda del presidente norteamericano F. D. Roosevelt, presidió la comisión que la redactó y participó activamente en las discusiones. A su excelente labor se debe el que los derechos humanos que contiene fueran realmente así, i.e., derechos de las mujeres y de los hombres y no sólo de la mitad masculina de la especie, como ya había ocurrido con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Por eso la Declaración establece la igual dignidad humana y los iguales derechos y deberes de cada persona y prohíbe cualquier tipo de discriminación, mencionando expresamente el sexo.
- 4 En el ámbito internacional, y como desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tenemos, asimismo, el Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1952, que se refiere a la creación de las condiciones de igualdad para la participación política de las mujeres; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que obliga a garantizar la igualdad real de mujeres y hombres; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, que establece determinadas medidas de protección a las mujeres para que éstas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los hombres; la Declaración sobre eliminación de la discriminación contra las mujeres, de 1967, que es el primer texto de Naciones Unidas que afirma que la discriminación contra las mujeres es, además de injusta, una ofensa contra la dignidad humana; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, que declara que la discriminación contra las mujeres vulnera los principios de igualdad de derechos y de respeto a la dignidad humana, dificultando la plena participación de las mujeres en la vida política, social, económica y cultural, y que exige la creación de medidas de acción positiva, incluso de carácter legislativo, para superar las discriminaciones que tienen por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todas las esferas. Es muy importante también la Declaración de Atenas, de 1992, a favor de la democracia paritaria, i.e., del reparto del poder entre mujeres y hombres. A pesar de la clara redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas y la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de 1993, en Viena, tuvo que reiterar que los derechos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable, integral e indivisible de los mismos; y que la igual participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida y la erradicación de toda forma de discriminación constituyen uno de los objetivos prioritarios de la comunidad internacional.
- 5 Acerca de las políticas de Naciones Unidas, hay que resaltar que el año 1975 se declara Año Internacional de la Mujer y se convoca la I Conferencia Mundial en México, que elabora un Plan de Acción para la década 1975-1985, el Decenio de la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, y aprueba la celebración de una nueva conferencia cinco años más tarde para analizar los progresos realizados y reajustar los programas para la segunda mitad de la década. La II Conferencia Mundial tuvo lugar en Copenhague en 1980, y en esta reunión se reafirman los objetivos de Igualdad, Desarrollo y Paz, prestando especial atención al empleo, la salud y la educación de las

mujeres. En 1985 se convoca en Nairobi la III Conferencia, donde se evalúan los logros del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz; se declara por primera vez que todos los problemas humanos son también problemas de las mujeres, y que las mujeres tienen, por lo tanto, un derecho legítimo a participar en el proceso de decisión y en la gestión de todas las cuestiones humanas.

Pero ha sido la IV Conferencia, celebrada en Pekín en 1995, la que ha supuesto un <sup>6</sup> mayor avance en la consecución de los derechos de las mujeres. En ella se aprobaron dos textos: la Declaración de Pekín y la Plataforma de Acción. Ambos documentos tienen como principal objetivo acelerar la aplicación de las Estrategias de Nairobi y establecer una serie de medidas básicas en doce áreas que deberían aplicarse en los próximos cinco años. Estas doce áreas son: la persistente y creciente carga de pobreza que afecta a las mujeres; la falta de acceso, las desigualdades y las carencias en materia de salud y servicios relacionados; la violencia contra las mujeres; las consecuencias de los conflictos armados y de otro tipo en las mujeres, incluidas las mujeres que viven bajo ocupación extranjera; la desigualdad entre mujeres y hombres en las estructuras políticas, económicas, en todas las formas de actividad productiva y en el acceso a los recursos; la desigualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio del poder y en la toma de decisiones a todos los niveles; la falta de mecanismos suficientes a todos los niveles para promover el avance de las mujeres; la falta de respeto, promoción y protección de todos los derechos humanos de las mujeres; los estereotipos sobre las mujeres y la desigualdad de acceso y participación de las mujeres en todos los sistemas de comunicación; la desigualdad entre mujeres y hombres en la gestión de los recursos naturales y la protección del medio ambiente; y la persistente discriminación contra las niñas y la violación de sus derechos.

Como se ha mencionado, la Conferencia de Pekín otorgó relieve internacional al <sup>7</sup> concepto de «género»; introdujo en el universo jurídico la concepción de la transversalidad de la igualdad, resaltando la necesidad de incluir la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las instituciones, políticas y acciones de los Estados miembros de Naciones Unidas; la de integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos antes de su elaboración, con el fin de analizar sus repercusiones sobre mujeres y hombres, i.e., el impacto de género; la corresponsabilidad familiar y doméstica y la de conseguir el «empoderamiento» de las mujeres, entre otra áreas de trabajo. En junio de 2000 se inicia el vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas bajo el título «La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI», con el objetivo de revisar la Plataforma de Acción de Pekín, analizar los avances y obstáculos y reflexionar sobre nuevas medidas e iniciativas (véase *Meridiam*, núm. 19): entre otros temas, se puso de relieve que los hombres deben comprometerse y unir su responsabilidad a la de las mujeres para la promoción de la igualdad de género; en que el logro de la igualdad de género y el «empoderamiento» de las mujeres exigen corregir las desigualdades entre mujeres y hombres, niñas y niños, y asegurar sus iguales derechos, responsabilidades, oportunidades y posibilidades; y en que la igualdad de género implica que las necesidades, intereses, aspiraciones, experiencias y prioridades de las mujeres, tanto como las de los hombres, son una dimensión integral del diseño, la implementación, la constante supervisión nacional, y el seguimiento y la evaluación, incluida la de nivel

internacional, de todas las acciones en todas las áreas, y también se integró la igualdad de género en los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

- 8 En febrero de 2005 comenzó en Nueva York la revisión del cumplimiento de los compromisos para impulsar la igualdad de los sexos alcanzados en Pekín en el año 1995 y suscritos por 189 países: entre otras cuestiones, profundizar en la igualdad de género, en la igual participación de la mujer y el hombre en los procesos de adopción de decisiones en todos los niveles y en la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas nacionales. En marzo de 2010, Pekín+15, la Comisión Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de Naciones Unidas, se dedicó a examinar la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín y los resultados del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General y su contribución a integrar la perspectiva de género en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Además de profundizar en el esfuerzo por acabar con los problemas analizados en 2005, se puso el énfasis, entre otras cuestiones, en el «empoderamiento» económico de las mujeres en el contexto de la crisis económica y financiera y en el fortalecimiento de los mecanismos nacionales de igualdad de género. Y el 2 de julio de 2010, la Asamblea General aprobó por consenso la creación de «ONU Mujeres», una nueva entidad para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, con el propósito de acelerar los progresos en el logro de objetivos de igualdad entre los géneros y de fortalecimiento de las mujeres, ampliar las oportunidades y luchar contra la discriminación de mujeres y niñas (todos los documentos de Naciones Unidas pueden obtenerse en [www.un.org](http://www.un.org); véase también DURÁN Y LALAGUNA, P., 2009; 2007, I; 2007, II; TUR AUSINA, R., 2008).
- 9 En el ámbito europeo, las acciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea se han orientado a alcanzar la igualdad de mujeres y hombres desde el principio. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, incorpora también la prohibición de discriminación a cualquier persona en el goce de estos derechos, mencionando el sexo como una de las razones especialmente vedadas. Además de las acciones comunitarias desde 1975, el Tratado de Ámsterdam incorpora los logros de la Conferencia de Pekín, de 1995, al acervo jurídico europeo, y, por tanto, en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión (FREIXES SANJUÁN, T., 2006; TUR AUSINA, R., 2009). Así, en el art. 2 la igualdad entre mujeres y hombres constituye una misión de la Comunidad, y, en el art. 3, «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad» se formula como igualdad transversal que ha de impregnar todas las políticas de la Unión Europea. En el art. 13 se reconoce la potestad de los órganos de la Unión para adoptar medidas para luchar contra la discriminación por razón de sexo u orientación sexual, entre otras. La transversalidad exige, además, la creación de medidas de acción positiva para equiparar a mujeres y hombres y se convierte en un elemento estructural de toda la política social de la Unión Europea y de los Estados miembros, tanto en el terreno de las relaciones de trabajo como en otros aspectos de la vida político-social (art. 141.4). Asimismo, permite la adopción de medidas que aseguren la representación equilibrada de mujeres y hombres en todos los niveles de toma de decisión. Y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, afirma que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, y que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de

medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado (art. 23); y prohíbe toda discriminación, señalando de modo específico el sexo y la orientación sexual, entre otras (art. 21).

Por otra parte, hay que resaltar que, como consecuencia del reenvío realizado por el art. 6 del Tratado de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes, como principios generales del Derecho comunitario que deben ser garantizados y preservados por la Unión, nos encontramos ante la igualdad y la no discriminación en tanto que derecho fundamental estrechamente ligado, en su interpretación y aplicación, a los Derechos Fundamentales de la Carta, donde la igualdad –como se acaba de ver en el art. 23– debe ser garantizada «en todos los ámbitos» (FREIXES SANJUÁN, T., y SALES I JARDÍ, M., 2005, pág. 612). El Tratado de Niza, que entró en vigor en 2003, reproduce los contenidos sobre la igualdad de mujeres y hombres insertos en el de Ámsterdam. La configuración de la igualdad de mujeres y hombres como elemento estructural, con entidad propia, del sistema jurídico-político de la Unión Europea se hizo más visible en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (adoptado en 2004, quedó nonato), que continuaba los avances del Tratado de Ámsterdam. Esa configuración, con el mismo tenor literal que en el Tratado de 2004, está presente en el Tratado de Lisboa, de 2007 (TUR AUSINA, R., 2009), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. El Tratado de Lisboa otorga valor jurídico de Tratado a la Carta de los Derechos Fundamentales –adaptada en 2007 (v. Diario Oficial de la UE, [2007/C 303/01]–. Y establece, siguiendo lo que disponía el proyecto de Tratado de 2004, que la igualdad entre mujeres y hombres es uno de los valores fundamentales de la Unión Europea y uno de sus objetivos (arts. 2 y 3); un derecho fundamental (a través del art. 6) que deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, y que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado; y también que, en todas las acciones sobre las políticas y el funcionamiento de la Unión, ésta tratará de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover su igualdad; tratará de luchar contra la discriminación por razón de sexo y orientación sexual, entre otras (TUR AUSINA, R., 2009).

Existen también numerosas recomendaciones, decisiones, resoluciones y directivas sobre la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, lo cual demuestra el interés prioritario del Consejo de Europa y de la UE en esta materia transversal (FREIXES SANJUÁN, T., 2006; TUR AUSINA, R., 2009). De manera que el Derecho de la Unión Europea, ya desde el Tratado de Ámsterdam, establece el carácter vinculante de la perspectiva de género o igualdad transversal como un instrumento que hay que emplear necesariamente en la elaboración, interpretación y aplicación de todas las normas y todas las políticas comunitarias. La aplicación del *mainstreaming* requiere: la desagregación de datos por sexo; la utilización del lenguaje pertinente; la investigación de la utilización desagregada de los recursos; el análisis de normas y de jurisprudencia; la implementación presupuestaria y financiera; y la evaluación del impacto de género (v. FREIXES SANJUÁN, T., 2006, págs. 620-621).

Dentro de la Unión Europea tenemos, además, las políticas en favor de la igualdad entre mujeres y hombres. En una breve síntesis de las más recientes: la Integración de la igualdad de oportunidades en las políticas comunitarias; la Estrategia comunitaria sobre la igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005); el Quinto Programa de acción

comunitaria para la igualdad de oportunidades (2001-2006); y el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres, que es el Sexto Programa de Acción (2006-2010, habiendo sido declarado 2007 año europeo de la igualdad de oportunidades para todas las personas), (acerca del contenido del Plan de Trabajo, TUR AUSINA, R., 2009). Sobre los aspectos financieros: el Fomento de las organizaciones que trabajan en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres (2004-2006); la Integración de la igualdad entre las mujeres y los hombres en el marco de los Fondos Estructurales; el programa EQUAL: lucha contra la desigualdad y la discriminación en el mercado de trabajo; y el Programa comunitario para el empleo y la solidaridad social-Progress (2007-2013); los Informes sobre la igualdad entre mujeres y hombres, el último de 2009, etc. (Pueden obtenerse todos los documentos en la web de la UE: [www.europa.eu](http://www.europa.eu)). En cuanto a los aspectos institucionales, se busca el equilibrio en los comités y los grupos de personas expertas creados por la Comisión; el Comité consultivo de igualdad de oportunidades y el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, con sede en Vilnius, Lituania.

- 13 En España, Estado miembro de la Unión Europea y que forma parte de Naciones Unidas, la CE establece que es un Estado social y democrático de Derecho basado en la dignidad de la persona y sus derechos inviolables (art. 1.1). La igualdad constitucional es, por tanto, una igualdad compleja (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004, pág. 3; 2005, I, pág. 59; 2005, II, pág. 52; 2006, pág. 176; 2007, págs. 18-19). La igualdad como núcleo de la articulación político-jurídica de España abarca la igualdad como valor superior (art. 1.1), el cual implica la igualdad política entre féminas y varones, dada su igualdad en derechos y libertades (art. 10.1), que han de interpretarse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2). Como principio de igualdad y no discriminación y, por tanto, como derecho fundamental de cada persona a la igualdad de trato y a no ser discriminada, es condición para el ejercicio de los derechos fundamentales de manera individualmente diferenciada, pues cada individuo, ella o él, tiene una personalidad diferente. Por eso, la redacción del art. 14 de la CE no es del todo precisa cuando establece: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Se refiere a los españoles, pero, como acabamos de ver, la dignidad de la persona y sus derechos son la base del Estado democrático. No puede haber ahí distinción de nacionalidad, luego toda persona, por el mero hecho de ser miembro de la especie humana, tiene igual dignidad, es sujeto de los derechos humanos y no puede ser discriminada (otra cuestión es que habrá derechos que posean las personas nacionales de un país: los derechos políticos; y otros derechos en que las nacionales y las extranjeras posean la titularidad, pero puedan cambiar las modalidades de ejercicio). Por ello, hubiera sido preferible que, en lugar de decir el art. 14 «los españoles son iguales ante la ley», hubiera dicho «las mujeres y los hombres son iguales ante la Constitución», precisamente porque la ley –como exige la normativa internacional y la comunitaria– puede y debe dar un trato diferenciado a situaciones socialmente desiguales con el fin de conseguir la igualdad –por ejemplo, mediante las medidas de acción positiva, en realidad de equiparación, para ir acabando con la desigualdad social de las féminas–, igualdad que no es un concepto puramente formal, sino que va más allá y tiene un alcance transformador, como demuestra la redacción del art. 9.2 CE: promover las condiciones de libertad e igualdad y remover los

obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, i. e., que impidan o dificulten –como se ha visto a escala internacional y europea– la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ejercicio y disfrute de sus derechos y en la corresponsabilidad de sus obligaciones MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004; 2005, I; 2005, II; 2005, III; 2006; 2007; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2005; FREIXES SANJUÁN, T., 2000; VENTURA FRANCH, A., 2000; ESQUEMBRE VALDÉS, M., 2006).

He aquí un mandato vinculante para todos los poderes públicos de nuestro Estado compuesto o de las autonomías. Como es lógico, conecta la libertad y la igualdad, pues sin la segunda no puede existir la primera, la libertad sería una fórmula vacía. El programa de acción que plantea la llamada igualdad sustancial del art. 9.2 es amplísimo porque abarca todas las facetas de la convivencia humana, con el objetivo de asegurar a todas las personas una digna calidad de vida y establecer una sociedad democrática avanzada, como propugna el Preámbulo de la CE. Queda pues meridianamente claro que la CE impone a los poderes públicos una labor muy activa para el cumplimiento de los objetivos que prescribe. No es algo que puedan elegir hacer o no hacer. Están constitucionalmente obligados a llevarlos a cabo (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2005, II, pág. 51; 2007, pág. 18). 14

En materia de igualdad de mujeres y hombres, como hemos visto, la normativa y las políticas públicas internacionales y europeas han ido elaborando, desarrollando y concretando las exigencias del concepto de igualdad y de su realización efectiva (SEVILLA MERINO, J; VENTURA FRANCH, A., y GARCÍA CAMPÁ, S., 2007). Para la incorporación de todo ese acervo jurídico, introducido en normas, planes de igualdad estatales y autonómicos, y algunas leyes autonómicas, se empezó a hablar de la conveniencia de una reforma de la CE –también en otras materias–, que hubiera debido llevarse a cabo a lo largo de la legislatura iniciada en 2004, y, asimismo, de una reforma de los Estatutos de autonomía, que se consideraba más factible y, por eso, muy probable. Prueba de la importancia de esta cuestión, el Instituto Goberna (Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública), del Instituto Nacional de Administración Pública, promovió la celebración del Congreso Internacional *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, que tuvo lugar en Madrid los días 4 y 5 de abril de 2005, y un estudio sobre las bases para la incorporación de la perspectiva de género en las reformas de los Estatutos de autonomía. Encargado a la Red Feminista de Derecho Constitucional, se plasmó en un libro (FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J., 2005). Las bases estaban presididas por el derecho a la igualdad de hombres y mujeres y, sin proponerse agotar un contenido en constante evolución, se enumeraban materias que podían figurar en los Estatutos: la no discriminación, medidas de acción positiva, la transversalidad e impacto de género; la paridad en la composición de órganos y la democracia participativa; la igualdad en los presupuestos, en la Administración, en el trabajo, seguridad social, educación e investigación, salud, medios de comunicación, espacio urbano, conciliación de la vida personal, familiar y profesional, mujeres rurales; inmigración; prohibición del acoso moral y sexual, violencia de género; y desarrollo sostenible, biodiversidad y medio ambiente. En dichas bases se enumeraban una serie de derechos que, en ningún caso, había que entender como una lista cerrada, pero que sí podía ofrecer una orientación en relación con los derechos de las mujeres en la CE y en los Estatutos de autonomía (SEVILLA MERINO, J., 2007, pág. 209). En efecto, la gran mayoría de ellos se han incorporado al texto del Estatuto, y muchos o algunos de ellos a 15

los demás Estatutos reformados. Teniendo en cuenta los antecedentes internacionales, europeos y españoles en 2005, parecía obvio que la reforma de los Estatutos de autonomía debería incorporar la perspectiva de igualdad de mujeres y hombres como elemento transversal del conjunto de valores, principios, derechos, órganos, competencias y políticas autonómicas, lo cual reforzaría la legitimidad democrática de las normas institucionales básicas de las comunidades autónomas (FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J., 2005, pág. 429).

- 16 La CE no pudo reformarse por falta de acuerdo político, pero los contenidos de la normativa y las políticas públicas internacionales y europeas se incluyeron, como desarrollo de los valores, principios, derechos, mandatos y objetivos constitucionales en esta materia, y orientados por las bases del estudio citado, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH), una ley-código, que modifica varias leyes. Como este comentario no es el lugar apropiado para analizar la ley, sólo quiero resaltar que la misma, como dice la Exposición de motivos, teniendo en cuenta la normativa internacional, quiere transponer el acervo comunitario, en particular las Directivas 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. La ley, empero, va más allá. Dado que la igualdad formal es condición necesaria pero no suficiente, la Exposición de motivos afirma que resulta necesaria una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.
- 17 La mayor novedad de la ley consiste en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, proyectándolo sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad como principio fundamental de la ley. Ésta se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales, al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todas las mujeres y hombres españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales (art. 149.1.1.ª CE), aunque contiene una regulación más detallada en aquellos ámbitos de competencia, básica o legislativa plena, del Estado. La incorporación de la perspectiva de género a la ordenación general de las políticas públicas se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo el principio de igualdad; y con carácter específico o sectorial, se incorporan también las pautas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo. En este sentido, serán instrumentos básicos en el ámbito de la Administración General del Estado un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, la creación de una Comisión



Interministerial de Igualdad con responsabilidades de coordinación, los informes de impacto de género, cuya obligatoriedad se amplía desde las normas legales a los planes de especial relevancia económica y social, y los informes o evaluaciones periódicas sobre la efectividad del principio de igualdad. La ley prevé, además, con el fin de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de medidas de acción positiva. Se dirige, en esta línea, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica; pero, asimismo, la igualdad requiere su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares: acceso a bienes y servicios, empresas privadas, relaciones laborales, con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y el fomento de una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares. Y, en el ámbito de la participación política, tanto a nivel estatal como autonómico y local, así como en su proyección internacional de cooperación para el desarrollo, el principio de presencia o composición equilibrada entre ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad, se lleva así también a la normativa reguladora del régimen electoral general (sobre la LOIEMH, v. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2007, III; FIGUERUELO BURRIEZA, Á., 2007).

### C. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ANDALUCÍA

Como es sabido, el Derecho Constitucional es un orden abierto al tiempo. Cada generación –cada veinticinco o treinta años– ha de hacer frente a las circunstancias de su momento histórico reformando las normas existentes –en este caso el Estatuto– para adaptarlas a la evolución de la sociedad, y, al mismo tiempo, marcar las pautas de articulación de la convivencia democrática –en este comentario, las de la sociedad andaluza– en los años siguientes, de acuerdo con la mayor exigencia social de control del poder político; de las nuevas elaboraciones teóricas de los conceptos y de las políticas públicas necesarias para el cumplimiento efectivo de los derechos de la ciudadanía garantizados por la CE, la UE y la ONU. Los Estatutos de autonomía son normas jurídicas fruto de un pacto político, mediante el cual se insertan en la norma los valores, derechos, deberes, principios rectores y objetivos que expresan el grado de desarrollo democrático de la sociedad de cada Comunidad Autónoma y el compromiso de los poderes públicos autonómicos de respetarlos, avanzar en esa dirección y garantizarlos. Por ello, todo el contenido de los Estatutos de autonomía vincula a los poderes públicos autonómicos de cara a la ciudadanía de la Comunidad Autónoma, y, según la naturaleza de cada derecho inserto en el Estatuto, a los particulares, pues por fin se va entendiendo que las mujeres y los hombres han de ejercer sus derechos en condiciones de igualdad y libertad en la vida familiar y social, lo cual exige que todas las personas tengan que respetar –de acuerdo con la naturaleza de cada derecho– la llamada eficacia horizontal de los derechos, que no es más que el goce de éstos en la vida cotidiana, condición de existencia de una sociedad democrática, a la cual contribuye de modo decisivo el despliegue de las potencialidades transformadoras del art. 9.2 CE a escala autonómica. Los Estatutos reformados encarnan un nuevo modelo de relación entre la ciudadanía de cada Comunidad Autónoma y los poderes públicos autonómicos, puesto que no sólo regulan –como hacían los primero Estatutos y los todavía no reformados– las instituciones y las competencias autonómicas, sino que las necesidades, intereses, aspiraciones, experiencias y prioridades de la sociedad de la

Comunidad Autónoma están presentes ahora en su articulado (en este sentido, BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, II).

- 19 El Estatuto, en el marco de la CE, y en el ejercicio de sus competencias, respetando los arts. 149.1.1.<sup>a</sup> y 139.1, puede y, es más, debe desarrollar las condiciones básicas de igualdad fijadas por el Estado central, ya que, con los trasposos de competencias, materias que antes eran competencia Estado central, ahora son de competencia autonómica. Conforme al art. 81.1 CE, está claro que el Estatuto no puede crear ni regular los derechos fundamentales incluidos en la Sección I del Capítulo II del Título I, cuyo desarrollo corresponde a la ley orgánica (CRUZ VILLALÓN, P., 1993), pero sí mencionarlos o regular determinados aspectos relacionados con ellos, como articulación de competencias propias en la dimensión positiva de vinculación de los poderes públicos andaluces; sólo pueden regularse en el Estatuto aspectos no básicos de esos derechos, o derechos fundamentales de expresión propia a nivel autonómico –los de participación política– (CÁMARA VILLAR, G., 2005, pág. 169; 2007, pág. 26).
- 20 En cambio, el Estatuto sí puede incluir un contenido nuclear o básico de determinados derechos (RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Á., 2005; 2008, pág. 35 y ss), conectados con los valores, principios y objetivos establecidos en el mismo como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, en la que confluirían las dimensiones garantista y directiva de esta norma, habida cuenta de que los derechos siempre constituyen una parte estructural de los ordenamientos (CÁMARA VILLAR, G., 2005, pág. 168; 2007, pág. 25). Dado que en materias de su competencia el legislador autonómico sí puede regular estos derechos –como lo viene haciendo–, puesto que la reserva de ley del art. 53.1 CE se comparte entre el legislador estatal y el autonómico, es claro que el Estatuto sí puede regular aspectos básicos de estos derechos, en relación con las competencias asumidas, para dotarlos así de especial rigidez y vincular a los poderes públicos andaluces, siempre que tal regulación no sea tan detallada que impida u obstaculice en demasía el despliegue del pluralismo político, que se manifiesta de manera clave en la libertad de configuración del legislador autonómico. El sentido del pacto político estatuyente, en relación con la ciudadanía de la Comunidad Autónoma, es hacer patente el compromiso y la vinculación de los poderes públicos autonómicos a unos estándares democráticos cada vez más exigentes, que constituyen el punto de partida de la acción de gobierno, y que deben quedar, por tanto, fuera de la lucha partidista. Lo conseguido hasta ahora en la evolución cumulativa del concepto de Estado social y democrático de Derecho –en España, un Estado compuesto o de las autonomías–, debe servir de base para alcanzar el siguiente peldaño.
- 21 Es evidente que la inserción de derechos estatutarios incluye de modo destacado los de carácter social, por ser los que exigen un mayor grado de compromiso por parte de los poderes públicos para hacer efectivo su ejercicio, el cual requerirá también la vinculación de los particulares, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho –como vimos *supra*–. Partiendo de las muy generales provisiones constitucionales en este terreno, queda abierto un campo bastante amplio para que las comunidades autónomas concreten su desarrollo de modo diferenciado, como así ha resultado. No obstante, la diversidad alcanzada no es contraria al art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, porque el desarrollo de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todas las mujeres y los hombre españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales corresponde a las comunidades autónomas. Asimismo, la igualdad de

derechos y obligaciones del art. 139.1 se ha de entender referida al ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma (SSTC 37/1981, FJ 2.º; 37/1987, FJ 10.º; y 247/2007, FF.JJ. 13.º y 14.º). Si no fuera así, nos encontraríamos en una situación rotundamente contraria a la consolidación y profundización del Estado social y democrático de Derecho, en el interior del cual las normas más amplias y generales: de la ONU, de la UE, la CE en nuestro Estado compuesto o de las autonomías, son siempre el mínimo común y el punto de partida para una regulación que puede ser más exigente o reconocer mayores prestaciones y crear más servicios públicos. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al afirmar que no se puede prohibir que los Estatutos de autonomía otorguen a la ciudadanía derechos de los cuales no gozan los habitantes de otra Comunidad Autónoma, pues ello impediría a todas las comunidades autónomas ir más allá de lo que haya ido la Comunidad Autónoma que menos los garantiza (v. Informe sobre las modificaciones de la CE, febrero 2006). La doctrina andaluza hace un planteamiento muy acertado sobre los derechos estatutarios, defendiendo su inclusión en relación con las competencias asumidas. Estos derechos, de contenido social, se insertan en el Estatuto como derechos de la ciudadanía andaluza, vinculando positivamente al legislador autonómico, al gobierno y a la Administración; en Andalucía, además, sobre un fondo normativo de políticas de contenido social: educación, igualdad de género, sanidad; la interpretación de los derechos debe ser la más favorable a su plena efectividad, como dice el art. 38 del Estatuto (CÁMARA VILLAR, G., 2007, pág. 27). El significado de esta nueva tabla de derechos es el de profundizar en el Estado social y democrático de Derecho, ya que son la garantía del estatuto de libertad y dignidad de la ciudadanía; los derechos tienen una dimensión de libertad que generan las políticas de igualdad, especialmente las de género, y todo ello hace que sean elementos de igualdad de la ciudadanía española (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 113). Los nuevos Estatutos de autonomía imponen límites al legislador autonómico, ya que su carácter vinculante es un presupuesto necesario para que pueda hablarse de auténticos derechos; por lo que se refiere a éstos, resulta clara la vinculación cualificada de los poderes públicos autonómicos, de acuerdo con lo dispuesto en los propios Estatutos (BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, II, pág. 21; 2008, III; BARRERO ORTEGA, A., 2006; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2007, II; PORRAS NADALES, A., 2009; 2007, I; 2007, II; 1997; CÁMARA VILLAR, G., 2008; 2007; MONTILLA MARTOS, J. A., 2008; RUIZ-RICO RUIZ, C., 2008; RODRÍGUEZ-VERGARA, Á., 2009; LÓPEZ MENUDO, F., 2009; RUIZ-RICO RUIZ, G., 2007; REVENGA SÁNCHEZ, M., 2007); GAMERO CASADO, E., 2007; AGUDO ZAMORA, M., 2007; ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., 2007, HOLGADO GONZÁLEZ, M., 2007).

En cambio, el TC ha tenido hasta ahora una posición no del todo acertada, y, además, cambiante. Es verdad que afirmó que el legislador estatuyente (que es a la vez estatal y autonómico) puede vincular al legislador autonómico mediante la inserción de derechos en los Estatutos (STC 247/2007, FJ 6.º), pero distinguía entre ámbito institucional y competencial, reconociendo como derechos subjetivos sólo a los que estuvieran dentro del primero, mientras los del segundo no serían directamente aplicables en ausencia de desarrollo legislativo (FJ 15.º). Sin embargo, dice el TC, nada impide que el EAAnd, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos,

22

de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan (FJ 15.º).

- 23 La doctrina ha discrepado parcialmente de esta sentencia de modo muy bien fundamentado (así, CÁMARA VILLAR, G., 2009; BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, II), pues no comparte la distinción entre ámbito institucional y competencial en relación con los derechos. La STC 31/2010 ha modificado en parte la posición del TC. En ella, se afirma de nuevo la legitimidad constitucional de los derechos estatutarios, dentro de las condiciones ya conocidas: que se trate de derechos materialmente ligados a competencias de la Comunidad Autónoma, que vinculen sólo al legislador autonómico, y que no entrañen –lo cual es obvio– un perjuicio o menoscabo de derechos fundamentales ya establecidos en la CE o en tratados o convenios internacionales ratificados por España. El TC deja claro que, según la naturaleza de cada derecho, también estarán vinculados los particulares (FJ 16.º). Sobre los derechos estatutarios, el TC continúa insistiendo en la necesidad de distinguir, más allá del puro *nomen*, entre aquellos que son derechos subjetivos stricto sensu y los que imponen mandatos al legislador. No obstante, el TC matiza su posición –y difiere de la STC 247/2007–, pues desconecta dicha distinción del binomio derechos en el ámbito institucional y derechos en el ámbito competencial, admitiendo en principio la posible existencia en el EAC de derechos subjetivos también ligados a las competencias. Por otro lado, reconoce de modo explícito que incluso los derechos estatutarios que imponen mandatos son derechos, y que pueden operar como pautas jurídicas no sólo directivas, sino también prescriptivas para el ejercicio de las competencias autonómicas (FJ 16.º) (PISARELLO PRADOS, G., 2010; CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., 2010; EXPÓSITO GÓMEZ, E., 2010). Lentamente, se va avanzando. A veces, la justicia constitucional tiene dificultades para comprender su posición en el Estado social y democrático de Derecho. El Derecho Constitucional es un Derecho que viene de la política y que sirve para imponer un cauce jurídico al juego político, pero no puede ser un freno para impedir los cambios operados en los conceptos, la normativa y las políticas públicas de la ONU, la UE, en la interpretación de la CE no contraria al texto de la misma, y al entendimiento de la CE y los Estatutos de autonomía como normas que son fruto de pactos políticos, en interacción con las demandas de la ciudadanía. El concepto de dignidad humana, de derechos y deberes de las personas en una sociedad democrática no es el mismo en la primera década del siglo XXI que el existente, no ya hace cincuenta años, sino sólo veinte. Por ello, y como es bien sabido, los tribunales constitucionales deben hacer un esfuerzo de autocontención para no invadir el terreno reservado al legislador constituyente o al estatuyente, en este caso. Es de esperar que el Tribunal Constitucional español vaya modificando su jurisprudencia para no ser una rémora en la evolución del constitucionalismo, el cual viene tejiendo una red multinivel para la protección de los derechos de las personas, en un entorno de interconexión de ordenamientos: ONU, UE, CE y Estatutos de autonomía (sobre el constitucionalismo multinivel y derechos, ÁLVAREZ-CONDE, E., y TUR AUSINA, R., 2008; BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, III). Mientras tanto, es conveniente que el legislador autonómico regule los derechos estatutarios por ley para que puedan desplegar toda su eficacia, como ha venido haciendo Andalucía.

La inserción de derechos estatutarios es especialmente necesaria en la materia de igualdad de mujeres y hombres. Por ello, difícilmente puede sostenerse que un Gobierno autonómico no puede velar por los derechos de su ciudadanía, garantizándolos en la norma de mayor rango de que dispone y, sobre todo, hay un grupo de derechos, los de carácter social, en los que la acción gubernamental juega un papel concluyente en su ejercicio. A ello hay que sumar la evolución en el contenido de los derechos, la aparición de nuevos derechos y, en el caso de las mujeres, su consolidación como sujetos de derechos (SEVILLA MERINO, J., 2007, pág. 206). Sobre el fondo de la normativa y las políticas públicas de la ONU, el Tratado de Ámsterdam, el de Niza y el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa habían creado nuevos derechos y ampliado de modo notable la concepción de los derechos fundamentales, desde la perspectiva del Estado social (BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2008, pág. 15; 2007, II, págs. 8-9). Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de Tratado, refuerza especialmente y precisa los que se incluyen en las áreas de Igualdad (Cap. III, arts. 20 a 26, Igualdad entre hombres y mujeres en el art. 23), y Solidaridad (Cap. IV, arts. 27 a 38). Como es obvio, la igualdad efectiva de mujeres y hombres necesita de un conjunto de derechos y políticas públicas. Y los derechos de carácter económico y social son los que requieren un mayor grado de intervención de los poderes públicos de los Estados miembros para que la ciudadanía pueda ejercerlos. Por lo tanto, estaban muy presentes –como no podía ser de otra manera– a la hora de reformar el Estatuto. Ya en el documento de las «Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía», elaborado por el Consejo de Gobierno y presentado ante el Pleno del Parlamento por el presidente de la Junta en diciembre de 2003, se apuntaba –entre otras cuestiones– la necesidad de integrar la perspectiva de género, de garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres y de incluir derechos sociales y servicios públicos básicos en el texto del Estatuto (AGUDO ZAMORA, M., 2006). Por su parte, la doctrina andaluza, en un ciclo de conferencias, organizado por el Parlamento de Andalucía en febrero de 2005, y en otros trabajos, se pronunció en ese sentido (así, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2005; BALAGUER CALLEJÓN, F., 2005; CÁMARA VILLAR, G., 2005; MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2005, I; 2005, II; RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., 2005). Asimismo, el Consejo Consultivo de Andalucía consideró que la inclusión de derechos en el Estatuto no es contraria a la CE, ya que así se amplían y fortalecen los previstos en la misma (Dictamen de 2006).

A tenor de todo cuanto antecede, no sólo es conveniente sino necesario que el Estatuto –reproduciendo la CE–, en el ejercicio de las competencias de Andalucía para desarrollar el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE y en un marco de igualdad en el interior de cada una de las comunidades autónomas (art. 139.1 CE), teniendo en cuenta la LOIEMH y las demás normas y políticas públicas estatales, inserte en su texto la igualdad de mujeres y hombres como igualdad compleja, i.e., abarca tanto la llamada igualdad formal como la denominada igualdad sustancial, la propia de un Estado social y democrático de Derecho –en el caso español, un Estado compuesto o de las autonomías–. Es la aplicación, a escala autonómica, de la normativa y los compromisos asumidos por España como Estado miembro de la Unión Europea y de Naciones Unidas. Es un contenido que el Estatuto debe incorporar con el propósito de hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres en la sociedad andaluza. Así, de acuerdo con la CE, la igualdad es uno de los valores superiores que propugna el Estatuto en el art. 1.2 del Título Preliminar, en este comentario aplicada a la igualdad de mujeres y hombres como

portadores de igual dignidad humana y titulares de iguales derechos e iguales deberes, que deben ejercer y disfrutar en condiciones de igualdad efectiva (VENTURA FRANCH, A., 2005). Profundizando en el entorno político y jurídico en que ha de desplegar su eficacia, el art. 1.4 afirma que la Unión Europea es ámbito de referencia de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos.

- 26 La perspectiva de género, desde el Tratado de Ámsterdam –que entró en vigor en 1999– se ha integrado con carácter transversal y específico en todas y cada una de las políticas y de las medidas de la Unión Europea, y, por tanto, también a escala nacional, regional y local, siendo el Estatuto el ejemplo más completo entre todos los de España (BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2007, I, págs. 30-40; SALAZAR BENÍTEZ, O., 2009; BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, I). El Estatuto, teniendo presente que todos los individuos compartimos una común y diferente humanidad (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2006, pág. 168), establece en el art. 9 que 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, y, como es obvio, entre esos instrumentos internacionales, está la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979. El principio de la igual dignidad humana de cada persona exige que cada una tenga derecho a ser tratada con igual respeto y consideración –de ahí el derecho a la igualdad de trato– y a no ser discriminada, estando prohibida, por tanto, toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de servicios contemplados en el Título I, particularmente –en lo que aquí interesa– la ejercida por razón de sexo, pero la prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas, como dispone el art. 14, pues trato igual no es trato idéntico (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004, pág. 3; 2005, I, págs. 58-59; 2005, II, pág. 48 y ss; 2006, pág. 175; 2007, pág. 15 y ss) sino diferenciado, justamente para conseguir la equiparación. La igualdad como mandato a los poderes públicos y como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma se inserta en el art. 10.1: la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y el fomento de la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias. Y el art. 10.2 establece que la Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política y social.
- 27 Y como es lógico, ninguno de los derechos o principios del Título I 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, como deja claro el art. 13. La perspectiva de género está presente también en los principios rectores de las políticas públicas, que los

poderes de la Comunidad Autónoma orientarán a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I del Estatuto, y a alcanzar los objetivos básicos establecidos en el art. 10, habiendo de resaltarse en este comentario la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomenten la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad (2.º); y la plena equiparación laboral entre hombres y mujeres, y así como la conciliación de la vida laboral y familiar (11.º). En cuanto a las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el art. 38 dispone que la prohibición de discriminación del art. 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II –siendo el art. 15 el primero de ellos– vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad (en sintonía con la UE). Las leyes de desarrollo respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos (RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Á., 2009; ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008). En cuanto a la protección jurisdiccional, el art. 39 establece que los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren la prohibición de discriminación del art. 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado.

Partiendo de esta concepción democrática de la igualdad como igualdad compleja, en el Título I, dedicado a derechos sociales, deberes y políticas públicas, tras las disposiciones generales del Capítulo I sobre quiénes son las personas destinatarias de las políticas públicas y las titulares de los derechos y deberes (art. 12), el alcance y la interpretación de los derechos y principios (art. 13), y la prohibición de discriminación (art. 14), el Estatuto, en el art. 15 –el primero del Capítulo II, sobre derechos y deberes–, considera, como no puede ser de otra manera, la igualdad de mujeres y hombres como el universal de la igualdad, para su aplicación y desarrollo como valor, principio, derecho y mandato, integrando la perspectiva de género en toda actuación de los poderes públicos andaluces. Subraya así el Estatuto el carácter de derecho estatutario, que fortalece, amplía y concreta el derecho fundamental a la igualdad de la CE como igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito autonómico, con la expresión «se garantiza»; hace una formulación de carácter general de la igualdad sustancial: «la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres»; y resalta el despliegue de su eficacia en todas las esferas de la convivencia humana, que abarca tanto las privadas como las públicas: «en todos los ámbitos».

La igualdad de oportunidades tiene como fin hacer efectivo el derecho de las personas a ser reconocidas como iguales en derechos y obligaciones, en el contexto social en el que viven, se desarrollan y participan. Pretende que hombres y mujeres tengan las mismas garantías de participación plena en todas las esferas de la vida pública y privada. Es un concepto básico para la aplicación de la perspectiva de género, puesto que busca beneficiar por igual a mujeres y hombres, para que unas y otros puedan desarrollar plenamente sus capacidades y mejorar sus relaciones, tanto entre ambos sexos como también con el entorno que los rodea. Se trata de eliminar toda barrera sexista que impida o dificulte el libre desarrollo de la personalidad, el empoderamiento y la participación en todas las áreas privadas y públicas. Todo ello

–como vimos *supra*– en cumplimiento de la normativa, y como desarrollo de la parte que corresponde a Andalucía, de las políticas públicas de Naciones Unidas, la Unión Europea y las estatales, dado que la elaboración teórica de la igualdad de género se ha ido llevando a cabo a escala internacional y europea, e implementándose a escala estatal, teniendo carácter transversal, y, al mismo tiempo, exigiendo medidas específicas en todas las esferas y a todos los niveles de poder. La redacción del Estatuto es clara y rotunda, pues la igualdad efectiva de las féminas y los varones en dignidad, derechos y deberes es condición de existencia de las sociedades democráticas. La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres hay que entenderla, pues, como se comprueba en el articulado del Estatuto, no sólo como igualdad de trato en el empleo y en el ámbito público, sino también como igualdad en el ámbito privado: la vida personal de cada una y cada uno con tiempo para el ocio, lo cual permite cultivar el espíritu, la mente y el cuerpo; y la corresponsabilidad familiar y doméstica de cada fémina y cada varón (art. 168) (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2005, III). Está claro que abarca todas las facetas de la vida humana: política, económica, social, civil, roles, educación, cultura, etc. Algunas concreciones de la igualdad de oportunidades se incluyen en otros artículos del Estatuto, como veremos. En cuanto a la jurisprudencia del TC, excepto en la STC 12/2008, sobre la paridad en las listas electorales, hasta ahora sólo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral (SSTC 229/1992; 109/1993; 317/1994; 253/2004; 182/2005; y 3/2007).

- 30 De los otros seis nuevos Estatutos, cuatro de ellos incluyen la igualdad de derechos o de oportunidades entre mujeres y hombres como derecho: el EAV, el EAC, el EAIB y el EAEL, mientras el EAAR la sitúa dentro de los principios rectores de las políticas públicas; y el EAE la considera como uno de los principios rectores de los poderes públicos extremeños. La LORAFNA reformada no la menciona de modo específico –como vimos *supra*–. Así, el EAV afirma, en el art. 10.3, la «igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo», disponiendo también que una Ley de las Cortes Valencianas elaborará una Carta de los Derechos Sociales (sobre la perspectiva de género en el EAV, TUR AUSINA, R., 2005; SEVILLA MERINO, J., 2007; CALVET PUIG, M. D. – SEVILLA MERINO, J., 2008). El EAC, en el art. 19, establece que «las mujeres tienen derecho a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados.» (en torno a la perspectiva de género en las propuestas de reforma del EAC, SELVA MASOLIVER, M., 2005; CIVIT ILLA, M., 2006; en los EAV, EAC y EAAnd, v. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2007, I; CALVET PUIG, M. D. – SEVILLA MERINO, J., 2008). El EAIB, en el art. 16, sobre derechos sociales, proclama la defensa de «la igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo». Y el EAEL, en el art. 14, sobre el derecho a la no discriminación por razón de género, dispone que los poderes públicos de Castilla y León «garantizarán la transversalidad del principio de igualdad de género en todas sus políticas, promoviendo acciones positivas para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sobre todo en los ámbitos educativo, económico, laboral, en la vida pública, en el medio rural, en relación con la salud y con los colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, [...]». Por su parte, el EAAR, en el art. 24, sobre protección personal y familiar, incluye entre sus objetivos «garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos, con atención especial a la educación, el acceso al empleo y las condiciones de trabajo». Y el EAE, en el art. 7.12, establece que



los poderes públicos extremeños «consideran un objetivo irrenunciable que informará todas las políticas regionales y la práctica de las instituciones, la plena y efectiva igualdad de la mujer en todos los ámbitos de la vida pública, familiar, social, laboral, económica y cultural. Asimismo, removerán los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad real y efectiva mediante las medidas de acción positiva que resulten necesarias»; y la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la violencia de Género se ha aprobado después de la reforma del EAE. Conviene recordar, no obstante, que algunas comunidades autónomas ya tenían leyes para la igualdad de mujeres y hombres: la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres (Comunidad Valenciana); la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres (Galicia); la Ley 4/2005, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (País Vasco –véase ASTOLA MADARIAGA, J., 2005); Leyes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Navarra); la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Castilla y León); la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres (Galicia); una ley «para la mujer»: la Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares); la Ley 1/2010, de 26 de febrero, de igualdad entre mujeres y hombres (Canarias); la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad de Mujeres y Hombres (Castilla-La Mancha). Y, por último, las leyes que incluían algunas medidas para la igualdad entre mujeres y hombres: la Ley 4/2001, de 9 de abril, de modificación del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña; la Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha; y la Ley 18/2003, de 31 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas en Andalucía.

El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, garantizado en el Estatuto, está desarrollado en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, aprobada en el marco de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH). Como indica la Exposición de motivos de la ley andaluza, ésta tiene como objetivo la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. Menciona la normativa y las políticas públicas de la ONU y la UE –vistas *supra*–, cita la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; la CE y la LOIEMH, resaltando que ésta incorpora sustanciales modificaciones legislativas para avanzar en la igualdad real de mujeres y hombres y en el ejercicio pleno de los derechos y que implementa medidas transversales que inciden en todos los órdenes de la vida política,

31

jurídica y social, a fin de erradicar las discriminaciones contra las mujeres. La Exposición de motivos destaca asimismo la obligación de los diversos poderes públicos del Estado de las autonomías en relación con la igualdad de oportunidades y, en concreto, el fuerte compromiso que la Comunidad Autónoma de Andalucía asume en el Estatuto, citando los arts. 10.2, 15, 38 y 14 del mismo –como vimos *supra*–.

- 32 En consecuencia, los poderes públicos andaluces están vinculados a lo establecido en los tratados y en las normas constitucionales y estatutarias, teniendo la obligación de adoptar las medidas necesarias para promover la igualdad de derechos de las mujeres y de los hombres. Para ello, deben ejercitar las competencias que les corresponden desde una perspectiva de género, formulando y desarrollando una política global de protección de los derechos de las mujeres. La igualdad formal debe llenarse de contenido a través de una actuación decidida de todos los poderes públicos y de una progresiva concienciación social e individual. Ésa es la finalidad esencial de esta ley, que pretende contribuir a la superación histórica de la desigualdad de las mujeres en Andalucía; desigualdad que afecta a más de la mitad de la población, por lo que exige un mayor compromiso de los poderes públicos en el marco del Estado social y democrático de Derecho. La Exposición de motivos recuerda que Andalucía ha venido desarrollando una ingente labor para promover el papel de las mujeres en los distintos ámbitos de la vida social, educativa, cultural, laboral, económica y política, a fin de favorecer la igualdad y el pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía. El principio de igualdad ha ido evolucionando hacia exigencias de igualdad de oportunidades reales en todos los ámbitos de la vida, haciendo necesaria la implantación de un enfoque más integral y general de la igualdad de género.
- 33 En Andalucía, la integración de la perspectiva de género ha supuesto avances muy importantes, siendo claros ejemplos la obligatoriedad del informe de evaluación de impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos aprobados por el Consejo de Gobierno y el enfoque de género en los presupuestos de la Comunidad Autónoma según han establecido los arts. 139 y 140 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. También la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su art. 18.3, establece la representación –debería decir «presencia»– equilibrada en las designaciones de las personas integrantes del Consejo de Gobierno. El objetivo de la erradicación de la violencia de género se ha situado en primera línea de las acciones del Gobierno andaluz, por lo que ha aprobado y desarrollado dos planes contra la violencia hacia las mujeres: el I Plan del Gobierno Andaluz para avanzar en la erradicación de la violencia contra las mujeres (1998-2000) y el II Plan de Acción del Gobierno Andaluz contra la violencia hacia las mujeres (2001-2004); y se ha aprobado también la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género (que será analizada en el Comentario del art. 16 del Estatuto).
- 34 Reconociendo los pasos ya dados en diversos ámbitos normativos y territoriales, Andalucía quiere dotarse, a través de la Ley para la Promoción de la Igualdad de Género, de instrumentos de variada naturaleza y desarrollos eficaces que sirvan al propósito común de una sociedad igualitaria, justa, solidaria y democrática en la que las mujeres y los hombres tengan, realmente, los mismos derechos y oportunidades. En este sentido, esta ley tiene como objetivo principal garantizar la vinculación de los poderes públicos en todos los ámbitos, en el cumplimiento de la transversalidad como

herramienta imprescindible para el ejercicio de las competencias autonómicas en clave de género. Así, el Título Preliminar establece los conceptos esenciales en materia de igualdad de género y los principios generales que han de presidir la actuación de los poderes públicos en relación con la igualdad de género. El objeto de la ley andaluza es hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres para, en desarrollo de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución y 15 y 38 del Estatuto, seguir avanzando hacia una sociedad más democrática, más justa y más solidaria (art.1). La ley será de aplicación en todo el territorio andaluz, en particular a la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos, a las empresas de la Junta de Andalucía, a los consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que sea mayoritaria la representación directa de la Junta de Andalucía; a las entidades que integran la Administración local, sus organismos autónomos, consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que sea mayoritaria la representación directa de dichas entidades; al sistema universitario andaluz, y a las personas físicas y jurídicas, en los términos establecidos en la presente ley (art. 2).

El desarrollo de la actuación de los poderes públicos de Andalucía, en el marco de sus competencias, para la consecución del objeto de la Ley para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, será estudiado en los comentarios de los respectivos artículos del Estatuto. Por ello, sólo voy a mencionar aquí que el Título I establece las acciones para garantizar la integración de la perspectiva de género en las políticas públicas: el informe de evaluación del impacto de género, los presupuestos públicos con enfoque de género, el Plan estratégico para la igualdad de mujeres y hombres, el lenguaje no sexista e imagen pública y las estadísticas e investigaciones con perspectiva de género (Cap. I); las medidas para la promoción de la igualdad de género en el ámbito de las competencias de la Junta de Andalucía, entre las que se adopta el principio de representación –debería decir «presencia»– equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de los órganos directivos y colegiados (Cap. II). El Título II regula las medidas para promover la igualdad de género en las políticas públicas de los distintos ámbitos de actuación: se determinan las garantías para asegurar una formación educativa basada en el principio de igualdad entre mujeres y hombres (Cap. I); en el marco de los Acuerdos de Concertación Social en Andalucía, se incluyen las medidas destinadas a favorecer el acceso y la permanencia de las mujeres, en condiciones de igualdad, en el empleo (Cap. II); la necesaria conciliación de la vida laboral, familiar y personal (Cap. III); medidas en materia de promoción y protección a la salud y bienestar social, y se tienen en cuenta también las necesidades especiales de determinados colectivos de mujeres (Cap. IV); políticas de promoción y atención a las mujeres (Cap. V); la participación social, política y económica de las mujeres (Cap. VI); imagen y medios de comunicación (Cap. VII). El Título III se ocupa de la organización institucional y coordinación entre las distintas administraciones públicas para la igualdad de género, como estrategia adecuada y necesaria para impulsar, desarrollar y evaluar las acciones y políticas públicas para promoverla en Andalucía. Y por último, el Título IV incorpora las garantías para la igualdad de género. 35

**Artículo 16. Protección contra la violencia de género**

*Las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20908])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21059]).

**Artículo 16. Protección contra la violencia de género**

*Las mujeres tienen derecho a una especial protección contra la violencia de género.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23666]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

**Artículo 16. Protección contra la violencia de género**

*Las mujeres tienen derecho a una especial protección contra la violencia de género.*

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 5]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 202]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 254]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 93]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

[s/c].

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 19); Comunidad Valenciana (art. 10); Aragón (art. 12); Baleares (art. 16); Castilla y León (art. 14).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género.
- Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que se regula la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la materia de la violencia de género.

## **E. JURISPRUDENCIA**

STC 59/2008, FF.JJ. 8.º-10.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

CABRERA MERCADO, Rafael, y CARAZO LIÉBANA, M.<sup>a</sup> José: *Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2010.

LAURENZO CAPELLO, Patricia; MAQUEDA ABREU, M.<sup>a</sup> Luisa; y RUBIO CASTRO, Ana (Coords.): *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal* (prólogo de Victoria Camps), Ares y Mares, Barcelona, 2001.

MARTÍNEZ SAMPERE, Eva: «Hacia la igualdad: políticas públicas en Andalucía», en MARTÍNEZ SAMPERE, E. (Coord.): *Las mujeres y la experiencia autonómica*, Parlamento de Andalucía, Comares, Granada, 2004, págs. 1-43.

OSBORNE VERDUGO, Raquel: *Apuntes sobre la violencia de género*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2009.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. C. EL DERECHO DE LAS MUJERES A LA PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ANDALUCÍA.

### A. INTRODUCCIÓN

- <sup>1</sup> Los poderes públicos andaluces llevaron a cabo durante la vigencia del anterior Estatuto de 1981 importantes y numerosas políticas para prevenir y erradicar la violencia de género, acogiendo el impulso feminista y demostrando su fuerte compromiso para terminar con esta barbarie (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004, pág. 21 y ss). Por todas las razones expuestas en el comentario del art. 15 del Estatuto, los frutos de la pacífica acción de mujeres y hombres feministas llevaron a una elaboración teórica cada vez más amplia y precisa del concepto de igualdad en dignidad, derechos y deberes de mujeres y hombres y, por lo tanto, a unas exigencias más concretas de desarrollo para hacerla efectiva. Así, la normativa y las políticas públicas de la ONU y la UE incluyeron como área prioritaria de actuación la eliminación de la violencia contra las féminas. En España, tenemos la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la llamada Ley Integral. Como la tarea de crear las condiciones para acabar con la violencia machista corresponde a todos los poderes públicos, según vimos en la normativa y políticas públicas internacionales, europeas y estatales citadas, también los poderes públicos autonómicos están obligados a mejorar sus instrumentos jurídicos y sus políticas para poner fin a la misma. Por ello, de los nuevos Estatutos de autonomía, los de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Islas Baleares, Aragón y Castilla y León insertan en sus textos su compromiso en esta materia. El de Extremadura no lo hace, pero la Comunidad Autónoma ha aprobado la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la violencia de Género. La LORAFNA reformada tampoco la menciona, pero Navarra tiene una Ley

para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista desde 2002, modificada en 2003. De todos los nuevos Estatutos de autonomía, el Estatuto es el más completo. Los primeros Estatutos de autonomía, en cambio, no hacían referencia expresa a este cometido, si bien llevaron a cabo políticas públicas a partir del compromiso con la igualdad real y efectiva, asumido en su articulado con la incorporación del contenido del art. 9.2 CE.

## B. SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Los estudios, análisis e investigaciones realizados por profesionales de la Medicina,<sup>2</sup> el Derecho, la Filosofía o la Psicología demuestran que la violencia contra las mujeres es un tipo de violencia específico, no asimilable a otros, y como tal debe abordarse para conseguir su eliminación. Es una violencia estructural propia del modelo social dominador o patriarcado, basado en el sometimiento de las mujeres, en el cual la violencia era un medio admitido para mantener a toda costa ese control, estando hasta hace muy poco tiempo inserta en las leyes y aceptada por la sociedad (LORENTE SCOSTA, M., 2001; MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004; LAURENZO CAPELLO, P.; MAQUEDA ABREU, M. L. y RUBIO CASTRO, A., 2008; OSBORNE VERDUGO, R., 2009). Sólo en las dos últimas décadas, lentamente, gracias a mujeres y hombres, asociaciones e instituciones muy comprometidas con el objetivo de acabar con estas agresiones contra las mujeres, simplemente por ser mujeres, se están haciendo esfuerzos para erradicar este tipo de violencia.

En el ámbito internacional, el primer instrumento jurídico específico es la<sup>3</sup> Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1993 (Res. A. G. 48/104, ONU, 1994). Por «violencia contra la mujer», la Declaración entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

La ONU considera la erradicación de la violencia de género como uno de sus<sup>4</sup> principales cometidos estratégicos desde 1995, año de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, que tuvo lugar en Pekín. En ella reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Declaración y la Plataforma para la Acción de Pekín afirman que la violencia contra las

mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación masculina, a la discriminación contra las mujeres por parte de los hombres y a impedir su pleno desarrollo. La violencia contra las mujeres a lo largo de su ciclo vital tiene su origen en pautas culturales, en particular, los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, la lengua y la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a las mujeres en la familia, en el lugar de trabajo, en la comunidad y en la sociedad. La violencia contra las mujeres –continúa el documento– se ve agravada por presiones sociales, en concreto, la vergüenza de denunciar ciertos actos perpetrados contra ellas, la falta de acceso para las mujeres a la información jurídica, la asistencia y la protección; la violencia contra las mujeres de forma efectiva; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes y de que las autoridades públicas no pongan el suficiente empeño en difundir y hacer cumplir las leyes vigentes, así como la falta de medios educativos y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia. Las imágenes de violencia contra las mujeres que aparecen en los medios de comunicación, en particular, las representaciones de violaciones o de esclavitud sexual de mujeres y niñas, así como su utilización como objetos sexuales, incluyendo la pornografía, son factores que contribuyen a que se perpetúe esa violencia, que perjudica a la comunidad en general y, en particular, a la juventud y la infancia.

- 5 La Declaración del Milenio (2000) manifiesta que la violencia de género constituye la mayor vulneración de los derechos humanos en el mundo, y establece la colaboración de los Estados para lograr acabar con las desigualdades de género como uno de los objetivos estratégicos de la actuación de la comunidad internacional. Además de la normativa y las políticas internacionales citadas en el comentario del art. 15 del Estatuto, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo del El Cairo, en 1994, y en la Declaración de Copenhague, adoptada por la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995, se ha reconocido la estrecha interdependencia de los ámbitos de la actividad pública y privada, así como la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales en ambas esferas. Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud declaró la violencia como problema prioritario de salud pública (Resolución 49.25, de 1996, OMS); asimismo, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 1997.
- 6 En el ámbito europeo, y en sintonía con la ONU, entre otras políticas específicas, el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Declaración del año 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género; el Programa de Acción Comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa DAPHNE II) (Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo); el Informe final de la actividad «El Consejo de Europa y la Violencia de Género», que son unos documentos elaborados en el marco de la campaña paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008).
- 7 En España, como sabemos, la CE reconoce la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y establece la igualdad sustancial como obligación de los poderes públicos en el art. 9.2. La violencia de género vulnera, además, el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad



(art. 10.1), el derecho a la vida y a la integridad física y moral, con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15), así como el derecho a la seguridad (art. 17), quedando también afectados los principios rectores de la política social y económica, que se refieren a la protección de la familia y de la infancia.

En cuanto a la regulación legal, ha habido una evolución normativa en el marco estatal con la aprobación de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección para las Víctimas de la Violencia Doméstica. Sin embargo, el instrumento que cumple la normativa y las políticas internacionales y de ámbito regional europeo es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual contempla tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las administraciones públicas. Igualmente, aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta ley regula. La violencia de género se enfoca por la ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación. Como las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia, la ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto a la mujer. El objeto de la ley es actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. La violencia de género a que se refiere la ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. La ley cita en la Exposición de motivos los avances legislativos en el derecho español en materia de lucha contra la violencia y menciona que diversas comunidades autónomas han aprobado leyes dentro de su ámbito competencial. La especial protección que necesitan las mujeres frente a la violencia de género, incluida la respuesta punitiva, es constitucional porque la violencia, dada la situación de discriminación, de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, responde a una pauta cultural (STC 59/2008, FF.JJ. 8.º-10.º), la del modelo social dominador o patriarcado.

### C. EL DERECHO DE LAS MUJERES A LA PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ANDALUCÍA

En el marco de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el art. 16 del Estatuto –el segundo del Capítulo II (Derechos y deberes) del Título I (Derechos Sociales, Deberes y Políticas Públicas)– establece que «las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas». En íntima conexión, el art. 73.2 dispone que «corresponde a la Comunidad Autónoma la

competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de las actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración central. La Comunidad Autónoma podrá establecer medidas e instrumentos para la sensibilización sobre violencia de género y para su detección y prevención, así como regular servicios y destinar recursos propios para conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia». Y el art. 10 del Estatuto reproduce el contenido del art. 9.2 CE, añadiendo que, a tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias. El Estatuto, de modo muy acertado, asume esta tarea en grado máximo al configurar esta protección integral como derecho social de las mujeres, y al incluir en el contenido del mismo las medidas preventivas, las asistenciales y las ayudas públicas. Como ya se analizó en el comentario del art. 15 EAA, la constitucionalidad del desarrollo por parte de las comunidades autónomas de las condiciones básicas de igualdad de todas las personas españolas en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.ª CE), y también la procedencia de la inclusión de derechos sociales en el texto de los Estatutos reformados, no es necesario repetirlo aquí.

- 10 Otros cinco Estatutos reformados también incorporan en su texto la protección de las mujeres contra la violencia de género. Así, el EACV, en el art. 10, sobre los derechos sociales, incluye entre los ámbitos en los que se centrará primordialmente la actuación de la Generalidad la «protección social contra la violencia, especialmente de la violencia de género y los actos terroristas». El EAC, en el art. 19, sobre los derechos de las mujeres, inserta «el derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación». El EAAr, en el art. 12, sobre los derechos de las personas, con una redacción muy similar al de Cataluña, pero refiriéndose a los «derechos de las personas», menciona el «derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal». El EAIB, en el art.16, sobre los derechos sociales, con una redacción muy parecida al de la Comunidad Valenciana, incluye, entre los ámbitos en que deberá centrarse primordialmente la actuación de las administraciones públicas, «la protección social contra la violencia, especialmente la violencia de género». Por último, el EACL, en el art. 14, sobre el derecho a la no discriminación por razón de género, incorpora entre los ámbitos en los que los poderes públicos garantizarán la transversalidad del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, promoviendo acciones positivas, el de «los colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, particularmente las víctimas de violencia de género».

- 11 El derecho estatutario de las mujeres en Andalucía a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas, ha sido desarrollado por la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género. Es necesario recordar que, antes de la citada ley andaluza, los poderes públicos autonómicos habían creado el Instituto Andaluz de la Mujer (IAM), a finales de 1988, y habían implementado dos planes de igualdad, el I Plan de Igualdad de Oportunidades (1990-1992) y el II Plan Andaluz para la Igualdad de Mujeres (1995-1997), en los que era un objetivo clave el fomento de medidas dirigidas a prevenir la violencia contra las mujeres y el desarrollo

de programas de atención para las víctimas. Para intensificar las medidas contra la violencia de género, el Gobierno de Andalucía desarrolló dos planes de acción, el I Plan del Gobierno Andaluz para avanzar en la erradicación de la violencia contra las mujeres (1998-2000) (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004, págs. 24-25) y el II Plan de Acción del Gobierno andaluz contra la violencia hacia las mujeres (2001-2004) de acuerdo con las directrices de los organismos internacionales, que contemplan la eliminación de la violencia de género desde el enfoque multidisciplinar y coordinado de los distintos ámbitos de actuación (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2004, pág. 31).

12 Todas las demás comunidades autónomas también tienen políticas públicas en esta materia, sean leyes concretas, planes integrales o programas y protocolos de actuación para prevenir y eliminar la violencia de género, y garantizan en su ámbito territorial respectivo la atención y la asistencia social integral a las mujeres que han sufrido este tipo de violencia. Así, la Ley, 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas de la Región de Castilla-La Mancha; la Ley canaria 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género; Cantabria: Ley 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas; Cataluña: Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista; Región de Murcia: Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad y de protección contra la violencia; Galicia: Ley 11/2007, de 27 de julio, de Prevención y Tratamiento integral de la violencia de género; Aragón: Ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia de género; Navarra: Ley Foral 2/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista. Por último, en Extremadura, la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la violencia de Género, aprobada después del nuevo Estatuto<sup>1</sup>.

13 La Ley andaluza de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género afirma en la Exposición de motivos que el derecho a vivir dignamente, en libertad y sin vulneración de la integridad personal, tanto física como psicológica, forma parte inalienable de los derechos humanos universales, y, por ello, es objeto de protección y promoción desde todos los ámbitos jurídicos, y, muy especialmente, desde el internacional. La violencia de género supone una manifestación extrema de la desigualdad y del sometimiento en que viven las mujeres en todo el mundo, y representa una clara conculcación de los derechos humanos. Sin embargo, este reconocimiento no ha llevado aparejada la eliminación ni la suficiente modificación de los factores culturales que subyacen en su origen, ni de la consecuente tolerancia. Por eso es necesaria la intervención integral y coordinada, que implique la responsabilidad de los poderes públicos a través de políticas adecuadas y del compromiso de la sociedad civil para avanzar hacia la eliminación de toda forma de abuso contra las mujeres. Menciona los esfuerzos de la ONU, la UE; la CE, la legislación estatal sobre la materia; y los arts.16, 73.2 y 10.1 del Estatuto. Esta ley responde al desarrollo específico de las estrategias contra la violencia de género, y constituye el reconocimiento de los derechos de las mujeres en orden a su protección y atención. En el Título Preliminar, que contiene las disposiciones generales, se establece como objeto de la ley actuar contra la

<sup>1</sup> Para un análisis de la legislación autonómica sobre la violencia de género, CABRERA MERCADO, R., y CARAZO LIÉBANA, M<sup>a</sup>. J., 2010.

violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por el solo hecho de serlo. Asimismo será objeto de esta ley la adopción de medidas para la erradicación de la violencia de género mediante actuaciones de prevención y de protección integral a las mujeres que se encuentren en esa situación, incluidas las acciones de detección, atención y recuperación (art. 1). Se aplicará, en todo el ámbito territorial de Andalucía en particular, en los términos establecidos en la ley: a los poderes públicos sujetos a las leyes de la Comunidad Autónoma de Andalucía; a las entidades que integran la Administración local, sus organismos autónomos, consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que sea mayoritaria la representación directa de dichas entidades; a la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos, a las empresas de la Junta de Andalucía, a los consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que sea mayoritaria la representación de la Junta de Andalucía; todas las mujeres que se encuentren en el territorio andaluz tienen garantizados los derechos que esta ley reconoce; se aplicará también a las personas físicas y jurídicas públicas o privadas en los términos establecidos en la propia ley (art. 2).

14 El concepto de violencia de género de la ley andaluza está en consonancia con el de la Declaración citada de la ONU. A los efectos de la ley, se entiende por violencia de género aquella, que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por el hecho de serlo. Comprende cualquier acto de violencia basado en el género que tenga como consecuencia, o que tenga posibilidades de tener como consecuencia, perjuicio o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada. La ley considera violencia de género: violencia física, que incluye cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño; violencia psicológica, que incluye toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad; ejercidas una, otra o ambas por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; y los actos de violencia física, psicológica o de ambas ejercidos por hombres en su entorno familiar, o en su entorno social o laboral; violencia económica, que incluye la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer, de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja; violencia sexual y abusos sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima (art. 3).

15 La actuación de los poderes públicos de Andalucía tendente a la erradicación de la violencia de género deberá inspirarse en los siguientes fines y principios: desarrollar y aplicar políticas y acciones con un enfoque multidisciplinar, a través de acciones

institucionales coordinadas y transversales, de forma que cada poder público implicado defina acciones específicas desde su ámbito de intervención de acuerdo con modelos de intervención globales; integrar el objetivo de la erradicación de la violencia de género y las necesidades y demandas de las mujeres afectadas por la misma, en la planificación, implementación y evaluación de los resultados de las políticas públicas; adoptar medidas que garanticen los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, de acuerdo con los principios de universalidad, accesibilidad, proximidad, confidencialidad de las actuaciones, protección de los datos personales, tutela y acompañamiento en los trámites procedimentales y respeto a su capacidad de decisión; fortalecer acciones de sensibilización, formación e información con el fin de prevenir, atender y erradicar la violencia de género, mediante la dotación de instrumentos eficaces en cada ámbito de intervención; promover la cooperación y la participación de las entidades, instituciones, asociaciones de mujeres, agentes sociales y organizaciones sindicales que actúen a favor de la igualdad y contra la violencia de género, en las propuestas, seguimiento y evaluación de las políticas pública andaluzas destinadas a la erradicación de la violencia contra las mujeres; reforzar la consecución de los mínimos exigidos por los objetivos de la ley en lo que respecta a los servicios sociales de información, de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, así como establecer un sistema para la más eficaz coordinación de los servicios ya existentes a nivel municipal y autonómico; garantizar el acceso a las ayudas económicas que se prevean para las mujeres víctimas de violencia de género y personas de ellas dependientes; establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración andaluza, en colaboración con la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, impulse la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de la violencia contempladas por la ley (art. 4).

De acuerdo con ello, el Título I de la ley se dedica a investigación, sensibilización y prevención: fomento de la investigación, líneas de investigación sobre violencia de género, análisis de la violencia de género (Cap. I); plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género; apoyo al movimiento asociativo; actividades culturales o artísticas (Cap. II); medidas en el ámbito educativo: prevención en el ámbito educativo; currículo, seguimiento en consejos escolares, detección y atención a la violencia de género, inspección educativa, enseñanza universitaria (Cap. III); medidas en el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación (Cap. IV); formación de profesionales de la Junta de Andalucía, en el ámbito judicial, educativo, de la seguridad, de la salud y de los medios de comunicación (Cap. V). 16

El Título II contempla la protección y atención a las mujeres, estableciendo como derechos de las mujeres el derecho a la información, a la atención especializada, a la intimidad y privacidad, a la escolarización inmediata en caso de violencia de género; y regula como ha de acreditarse la violencia de género (Cap. I); en el ámbito de la seguridad los poderes públicos elaborarán planes de colaboración y, de acuerdo con la Administración General del Estado, la Junta de Andalucía promoverá un plan de seguridad personal, que garantice la seguridad y protección de las víctimas (Cap. II); en el ámbito de la salud, planes de salud y atención a las víctimas (Cap. III); atención jurídica: asistencia letrada, juzgados de violencia sobre la mujer, unidades de valoración integral de la violencia de género, personación de la Administración de la Junta de Andalucía (Cap. IV); atención social: información y asesoramiento, garantía de 17

atención, competencia de los municipios (Cap. V); atención integral y acogida: atención de emergencia, atención integral especializada, requisitos y tipología de los centros de atención integral y acogida, atención a colectivos especialmente vulnerables (Cap. VI).

- 18 El Título III está dedicado a las medidas para la recuperación integral, estableciendo ayudas socioeconómicas, ayudas en el ámbito escolar (Cap. I); en materia de vivienda: viviendas protegidas, posibilidad de permuta, confidencialidad en los procedimientos de concesión y adjudicación (Cap. II); medidas en el ámbito laboral: programas de inserción laboral y de formación para el empleo, fomento del empleo y del trabajo autónomo, medidas en relación con los derechos de las trabajadoras, y medidas en la negociación colectiva, concienciación en el ámbito laboral y medidas de responsabilidad social corporativa, y concreta los derechos de las empleadas públicas de la Junta de Andalucía (Cap. III).
- 19 El Título IV contempla la coordinación y cooperación institucional, creando la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, el establecimiento de redes de cooperación, y la elaboración de protocolos de actuación. Por último, citar el Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del Informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género; y el Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que se regula la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la materia de violencia de género.

## Artículo 17. Protección de la familia

*1. Se garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia. La ley regulará el acceso a las ayudas públicas para atender a las situaciones de las diversas modalidades de familia existentes según la legislación civil.*

*2. Todas las parejas no casadas tienen el derecho a inscribir en un registro público sus opciones de convivencia. En el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, las parejas no casadas inscritas en el registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20908])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21059]).

*Artículo 17. Protección a la familia*

*1. Se garantiza el acceso a las ayudas públicas que establezca la ley para atender a las situaciones de las diversas modalidades de familia.*

*2. Todas las parejas no casadas tienen el derecho a inscribir en un registro público sus opciones de convivencia. Las parejas no casadas inscritas en el Registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas, en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23.646 [pág. 23666]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

**Artículo 17. Protección de la familia**

1. Se garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia. La ley regulará el acceso a las ayudas públicas para atender a las situaciones de las diversas modalidades de familia existentes según la legislación civil

2. Todas las parejas no casadas tienen el derecho a inscribir en un registro público sus opciones de convivencia. Las parejas no casadas inscritas en el registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas, en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma.

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 5]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 202]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 254]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

**2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 93]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

**B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981****Artículo 13**

*La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]*

22. *Asistencia y servicios sociales. Orientación y planificación familiar.*



### C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (arts. 16 y 40); Comunidad Valenciana (art. 10.3); Baleares (art. 16.3); Aragón (arts. 12.2 y 24 b); Castilla y León (art. 16.13).

### D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.
- Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.

### E. JURISPRUDENCIA

STS, Sala de lo Civil, de 12 de septiembre de 2005.

STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2008.

STC 184/1990, FJ 3.º

STC 77/1991, FJ 3.º

STC 222/1992, FF.JJ. 4.º-6.º

STC 6/1993, FJ 3.º

STC 47/1993, FJ 2.º-4.º

STC 66/1994, FFJJ 2.º-4.º

STC 39/1998, FJ 5.º

STC 155/1998, FF.JJ. 3.º-4.º

STC 47/2001.

STC 180/2001.

STC 212/2001.

STC 21/2002, FJ 3.º

STC 247/2007, FJ 15.º

STC 31/2010, FJ 16.º

ATC 222/1994.

### F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel: «La regulación de los derechos: el papel del estado y de las comunidades autónomas a partir del artículo 149.1.1.ª CE», en VV.AA.: *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, págs. 83-111.

DUBLER, Ariela: «In the Shadow of Marriage: Single Women and the Legal Construction of the Family and the State», en *Yale Law Journal*, vol. 112 (2003), págs. 1641-1715.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61 (2001), págs. 11-58.

MEDINA GUERRERO, Manuel: «Derechos sociales y financiación autonómica», en VV.AA.: *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, págs. 1-31.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: «Posición constitucional de las parejas de hecho», en ROCA TRÍAS, E. (Dir.): *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 17-43.

—: «The Logic of Rights vs. the Logic of Representation. The Case of Cohabitants in Spain», en *Florida International University Law Review*, núm. 1 (2006), págs. 89-105.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL ART. 39.1 CE Y EL CONCEPTO DE FAMILIA. C. MATRIMONIO, FAMILIA Y PAREJAS DE HECHO. D. EL ALCANCE DEL ART. 17 EAAND. ¿LA RELACIÓN PARAMATRIMONIAL COMO REFERENTE? E. REFLEXIONES Y ENIGMAS DE FUTURO.

### A. INTRODUCCIÓN

- <sup>1</sup> La Constitución española desvincula matrimonio y familia. A diferencia de la mayoría de las constituciones de nuestro entorno cultural<sup>1</sup> y de los documentos internacionales en materia de derechos ratificados por España<sup>2</sup>, nuestro texto constitucional no conecta el derecho al matrimonio con el objetivo de, o con el derecho a, fundar una familia. Ni siquiera menciona la protección del matrimonio y de la familia como partes de un mismo precepto. Antes bien, en lo que parece haber sido una decisión consciente del constituyente<sup>3</sup>, el art. 32 CE reconoce el derecho al matrimonio sin referencia alguna a la familia. Su objetivo es más bien conectar el matrimonio y el derecho a contraerlo con el principio de igualdad, reconocer la plena igualdad jurídica de hombres y mujeres en relación con el derecho al matrimonio. La familia, por su parte, es objeto de protección en el art. 39 CE. En concreto, y en lo que aquí interesa, el art. 39.1 CE obliga a los poderes públicos a proteger la familia al margen de toda referencia al matrimonio, con independencia, pues, de la existencia de un vínculo matrimonial. Lo hace, en concreto, desde la lógica de los principios rectores de la política social y económica, sin reconocer por tanto un derecho fundamental a ver efectivamente materializada esa protección, y sin reconocer derecho fundamental alguno a formar una familia al margen del matrimonio.

<sup>1</sup> Especialmente elocuentes son las constituciones de Irlanda (art. 41) y de Italia (art. 29), pero véanse también las de otros países de la Unión Europea.

<sup>2</sup> Véanse art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>3</sup> El texto definitivo rechazó tanto el texto del anteproyecto del entonces art. 27 («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia») como el propuesto por el informe de la Ponencia («el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia»). Véase GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., 2001, pág. 16 y ss.

El incremento de las relaciones afectivas que se concretan en opciones de convivencia <sup>2</sup> al margen del matrimonio ha aumentado la importancia de que los poderes públicos desarrollen la obligación constitucional contenida en el art. 39.1 CE. Mientras que el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE reserva al Estado la competencia exclusiva para regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio («sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan»<sup>4</sup>), la protección de las relaciones familiares distintas a la matrimonial puede ser articulada a nivel autonómico, como materia de asistencia social (art. 48.1.20 CE)<sup>5</sup>. Al igual que los demás Estatutos de autonomía reformados desde 2006, el Estatuto de Andalucía garantiza expresamente, en su art. 17, la tutela de la familia más allá del matrimonio y de las relaciones de filiación.

## B. EL ART. 39.1 CE Y EL CONCEPTO DE FAMILIA

El art. 17 EAAnd garantiza el derecho de las familias a recibir protección de los <sup>3</sup> poderes públicos andaluces, en conexión con las competencias exclusivas que el art. 61 EAAnd asume en materias de promoción y protección de las familias<sup>6</sup>. En Andalucía, la protección de las familias por los poderes públicos se garantiza, pues, como un derecho estatutario. La categoría jurídica de los derechos estatutarios está aún por perfilar (véase el comentario al art. 12). Mientras la STC 247/2007 (FJ 15.º) no permite hablar de verdaderos derechos estatutarios, subordinando su eficacia como auténticos derechos subjetivos a la intervención del legislador en el marco de sus competencias normativas, la STC 31/2010 (FJ 16.º) parece admitir, no sin ambigüedades, la categoría de derechos estatutarios en sentido estricto. Parece admitir, en concreto, que aunque algunos derechos estatutarios dependen para su plena eficacia de una *interpositio legislatoris*, en la medida en que tienen contenido prestacional<sup>7</sup>, otros pueden considerarse, por su contenido, derechos subjetivos stricto sensu, directamente vinculantes y reclamables ante los tribunales de justicia. Pues bien, si en su segunda frase, el art. 17.1 EAAnd contiene una remisión al legislador, su primera frase es susceptible de aplicación directa, al igual que lo es el art. 17.2 (condicionada, la de este último, a la existencia de un registro de parejas de hecho). A la espera de una mayor concreción de la jurisprudencia constitucional sobre este tema, podemos pues concluir que el art. 17 EAAnd reconoce a las familias un derecho estatutario a la protección de los poderes públicos autonómicos; derecho que se integra en el bloque de la constitucionalidad, cuanto menos como un mandato al legislador autonómico de articular esa protección, y que al menos en parte, y por su contenido, es reclamable directamente ante los poderes públicos andaluces.

Determinar el alcance del art. 17 EAAnd nos obliga a perfilar un concepto jurídico <sup>4</sup> de familia. La desvinculación entre familia y matrimonio nos obliga a discernir qué relaciones interpersonales pueden considerarse familiares más allá de las certidumbres

<sup>4</sup> Sobre el alcance de esta cláusula, véase la STC 88/1993, FJ 3.º

<sup>5</sup> Sobre la relación entre Estado y CC AA en materia de principios rectores de la política social y económica con base en el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, véase por todos CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2007, págs. 106-108.

<sup>6</sup> Sobre la necesaria conexión entre los derechos estatutarios que no se limiten a reproducir un derecho fundamental y el ámbito competencial autonómico, véanse las SSTC 247/2007, FJ 15.º; y 31/2010, FJ 16.º

<sup>7</sup> Sobre el carácter social de la práctica totalidad de los derechos estatutarios, MEDINA GUERRERO, M., 2008, págs. 2-3.

que proporciona el vínculo jurídico matrimonial. Hacerlo es tanto más urgente en cuanto que la obligación de proteger a las familias que impone el art. 39.1 CE se traduce en el derecho de los integrantes de una familia no matrimonial a recibir prestaciones públicas, a reclamarla directamente ante los tribunales de justicia. Éste parece ser el caso, si nos acogemos a la STC 31/2010, de las comunidades autónomas que, como la andaluza, articulan dicha obligación mediante el reconocimiento de un derecho estatutario que, se ha señalado, es al menos en parte y por su contenido susceptible de aplicación directa. Y es también el caso, más allá de éstas, por imperativo constitucional, en la medida en que está en juego el principio de igualdad. En efecto, aunque el art. 39.1 CE no reconoce por sí mismo un derecho fundamental, en conjunción con el art. 14 CE sí reconoce a los integrantes de una familia no matrimonial el derecho a recibir el mismo trato y las mismas prestaciones que el ordenamiento prevé para las familias matrimoniales, salvo que quede suficientemente justificada la razonabilidad de un trato diferenciado (STC 222/1992, FJ 5.º).

- 5 Se hace pues preciso operar con un concepto jurídico de familia. Perfilarlo es el mayor reto que presenta la implementación del art. 39.1 CE. Lo es porque nos encontramos ante un concepto que, de un lado, es sociológico antes que jurídico, y como tal, versátil y culturalmente fluctuante, pero que, de otro lado, suele tener al matrimonio como punto de referencia. Según el Diccionario de la Real Academia Española, familia es, en lo que aquí nos interesa: «1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.» La RAE define así «familia» con base en las nociones de convivencia y de parentesco, sea éste por consanguinidad o por afinidad. De los términos parentesco y afinidad, la RAE ofrece a su vez definiciones cruzadas, vinculadas al matrimonio o a la existencia de una análoga relación estable de afectividad<sup>8</sup>. Más allá de los vínculos de consanguinidad, la existencia de un vínculo conyugal o relación análoga ocupa, pues, un lugar central en la definición de familia. El diccionario de la RAE no logra así captar la versatilidad y la apertura de la noción de familia como concepto sociológico. Tampoco logra, como punto de referencia para un concepto jurídico de familia, hacerse eco de la potencialidad del art. 39.1 CE, que –recordemos– protege la familia al margen del matrimonio.
- 6 Hasta el año 1992, el Tribunal Constitucional obvió la necesidad de elaborar un concepto de familia que permita dar contenido al art. 39.1 CE. Hasta entonces, su línea jurisprudencial era poco proclive a ampliar la tutela constitucional de la familia más allá del matrimonio. Opinaba el Tribunal que «la familia stricto sensu [...] es la generada por el vínculo conyugal y la prole» (ATC 308/1985). Consideraba, en consecuencia, constitucionalmente legítimo que el ordenamiento otorgase al matrimonio un trato de favor frente a otras modalidades convivenciales (AATC 156/1987; 788/1987). El Tribunal matizó esta postura en su STC 45/1989 (FJ 4.º), al admitir sin mayores precisiones que «el concepto constitucionalmente adecuado de familia» podría ir más allá de la que se origina en el matrimonio. Finalmente, en su STC 222/1992, el Tribunal Constitucional asumió la desvinculación entre los arts. 32 y 39.1 CE, y con ella, tanto la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia no matrimonial, como la

<sup>8</sup> Parentesco: «1. Vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta». Afinidad: «3. Parentesco que mediante el matrimonio se establece entre cada cónyuge y los deudos por consanguinidad del otro».

necesidad de definir la familia y el alcance de la obligación de los poderes públicos de protegerla más allá del matrimonio.

El Tribunal Constitucional se aproximó entonces a una definición de familia. La familia, afirmó, «es siempre un marco de solidaridades y de dependencias» (FJ 4.º). Sobre esta base, el ámbito del art. 39.1 CE abarcaría relaciones basadas en la (inter)dependencia y solidaridad de sus integrantes. Esta definición abierta de familia es un guiño a la familia como realidad sociológica, tanto más cuanto que el Tribunal no introdujo especificación alguna sobre exactamente qué tipo de relaciones constituyen una familia a efectos constitucionales. Antes bien, el Tribunal prefirió adoptar un criterio sociológico flexible, remitiéndose a «la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen» (FJ 5.º). De este modo, lo que nuestro Tribunal Constitucional parece estar afirmando es la obligación de los poderes públicos de proteger como familia modelos convivenciales con presencia social y manifiestas necesidades de tutela, todo ello «como imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2)» (FJ 5.º). <sup>7</sup>

La notable apertura de esta aproximación al concepto jurídico-constitucional de familia, la única que hasta ahora nos ha ofrecido el Tribunal Constitucional, posee una potencialidad importante (RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2005, pág. 34 y ss). Contrasta, con todo, con la limitada aplicación que ha realizado de ese concepto en la práctica. La cual ha estado condicionada por los casos que ha tenido que resolver en esta materia. Y es que todas sus decisiones en materia de tutela de la familia han versado sobre los derechos de parejas de hecho, parejas que conviven *more uxorio*, unidas por un vínculo afectivo paraconyugal, pero al margen del matrimonio. En concreto, el Tribunal Constitucional ha analizado hasta qué punto, con base en los arts. 14, 9.2, 32 y 39.1 CE, los poderes públicos tienen la obligación de equiparar los derechos de las parejas casadas y las que conviven sin estarlo. De este modo, en la jurisprudencia constitucional, la cuestión del alcance del art. 39.1 CE se ha reducido a una cuestión sobre el alcance de la obligación de equiparar la tutela de las parejas casadas y de las no casadas. Pese a la amplitud de la definición propuesta por el Tribunal Constitucional, el concepto constitucional de familia ha acabado así forjándose, en línea con la definición de la RAE, a la sombra del matrimonio<sup>9</sup>.

En línea con su protagonismo en la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación del art. 39.1 CE, la situación y los derechos de las parejas de hecho han concentrado los esfuerzos de nuestros poderes públicos por hacer efectivas sus obligaciones para con las familias no matrimoniales<sup>10</sup>. También se encuentran en el punto de mira de nuestra legislación autonómica y del art. 17 EAAnd. <sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Sobre la influencia del modelo matrimonial en la definición de políticas de tutela de la familia, véanse DUBLER, A., 2003, pág. 1641; RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2006, págs. 101-105.

<sup>10</sup> Como excepción, véanse Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua; Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento Familiar de Personas Mayores.

## C. MATRIMONIO, FAMILIA Y PAREJAS DE HECHO

- 10 Ya bajo el Estatuto de Autonomía de 1981, antes pues de que el actual Estatuto reconociese el derecho de las familias a su protección social, económica y jurídica por los poderes públicos andaluces, y antes de que equiparase en derechos a las parejas casadas y a las no casadas que se inscriban en un registro, la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, reguló la situación de estas últimas desde una perspectiva jurídico-pública. En concreto, y con base en el art. 13.22 EAAnd de 1981, que asumía competencias en materia de asistencia, servicios sociales y orientación familiar, la Ley andaluza de Parejas de Hecho vino a equiparar la situación de estas parejas a la de los matrimonios en sus relaciones con la Administración pública andaluza (Título IV), respetando su capacidad de autorregulación en lo que hace a las relaciones personales y patrimoniales de sus integrantes (Títulos II y III). A esta ley se suma el art. 46.3 de la Ley andaluza 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, que obliga a los poderes públicos a atajar situaciones de precariedad económica que sean consecuencia del impago de pensiones compensatorias y alimenticias judicialmente aprobadas en casos tanto de nulidad matrimonial, separación legal o divorcio, como de ruptura de una pareja de hecho –siempre, claro está, con respeto a la legislación civil del Estado (art. 149.1.8.ª CE)–.
- 11 Andalucía se encuentra, así, entre las trece comunidades autónomas<sup>11</sup> que han regulado la situación de las parejas que conviven sin estar casadas, a las que se sigue llamando parejas «de hecho», queriendo hacer frente de este modo al incremento de estos modelos convivenciales y a la inactividad del legislador estatal en este terreno, especialmente en un momento en que nuestro ordenamiento no permitía los matrimonios del mismo sexo. A nivel estatal, y a falta de legislación específica, la situación jurídica de las parejas de hecho ha sido abordada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Ambos parten de que las uniones de hecho no son equiparables al matrimonio, por lo que no cabe aplicarles el régimen jurídico de éste, pero ambos asumen también la necesidad de dar respuesta jurídica a las consecuencias que puedan derivarse del desarrollo de estas modalidades convivenciales y de su disolución. Así, en el contexto de la disolución de parejas de hecho en vida de sus integrantes, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha desarrollado una jurisprudencia según la cual la parte que, tras la disolución de la pareja, quede en una situación económicamente desfavorable debe recibir de la otra parte una compensación económica. Para ello, y según resume en su sentencia de 12 de septiembre de 2005 (FJ 2.º),

la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del art. 97 del Código civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.

<sup>11</sup> Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Baleares; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Madrid; Ley 4/2002, de 23 de mayo, del Principado de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de marzo, del País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

En los últimos años, con todo, el Tribunal Supremo está realizando una interpretación restrictiva de estos principios en lo que implican de aplicación analógica del régimen matrimonial, el cual, entiende, ha sido conscientemente rechazado por las parejas de hecho, incluidas las del mismo sexo, quienes ya también tienen acceso al matrimonio (v. por todas las STS de 8 de mayo de 2008). 12

El Tribunal Constitucional, por su parte, admitió en fecha temprana la constitucionalidad de que las parejas casadas y las no casadas reciban un trato jurídico diferenciado, normalmente favorable a las primeras<sup>12</sup>. Para ello, se apoyó en la existencia de un derecho fundamental al matrimonio, no así a formar otras modalidades de familia. Un derecho que, según el Tribunal, conlleva la necesidad de preservar la institución matrimonial, si es preciso otorgándole un trato de favor frente a otras modalidades de familia (SSTC 184/1990 y 77/1991). Con todo, la STC 222/1992 puntualizó que ese trato de favor debe estar suficientemente justificado (FJ 5.º). Lo estará, muy especialmente, si deriva de algún elemento intrínseco al matrimonio. Sobre la base de este criterio, el Tribunal ha declarado inconstitucionales las diferencias de trato entre matrimonios y parejas de hecho en materia de subrogación arrendaticia (SSTC 222/1992, 6/1993, 47/1993 y 155/1998), pero no en materia de pensiones de viudedad, cuyo propio nombre, entiende el Tribunal Constitucional, permite justificarlas como intrínsecas al matrimonio (SSTC 66/1994, 39/1998 y ATC 222/1994; véase, con todo, la STC 180/2001). 13

Ciertamente, lo anterior no impide que el legislador pueda equiparar las parejas de hecho al matrimonio, incluso en terrenos en los que no existe obligación constitucional de hacerlo. El legislador estatal ha tendido, en efecto, a equiparar la situación jurídica de las parejas de hecho a la de las parejas casadas, si bien no mediante la aprobación de una ley estatal de parejas de hecho. Si la elaboración de leyes específicas sobre parejas de hecho ha sido, como hemos visto, un fenómeno autonómico, el legislador estatal ha recurrido más bien a legislación sectorial, introducida en una multiplicidad de terrenos, que incluyen, entre otros, el de los arrendamientos urbanos y los rústicos, el derecho a la información asistencial en el marco de la autonomía del paciente, la adopción, la reproducción asistida, la reagrupación familiar de los extranjeros, o el ámbito laboral y de seguridad social, incluidas las pensiones de viudedad<sup>13</sup>. 14

---

<sup>12</sup> Como excepción, las SSTC 47/2001, 212/2001 y 21/2002, admiten la constitucionalidad de que las parejas casadas con hijos reciban un trato fiscal menos favorable que las parejas no casadas con hijos.

<sup>13</sup> Véanse Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre (art. 12.4); Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (art. 21); Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (su art. 5.3 se refiere, sin embargo, a personas vinculadas al paciente «por razones familiares o de hecho»); Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre Adopción (DA 3.ª); Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (art. 8.2 y 9.3); Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (art. 7.4); Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, reformado por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de Medidas de Seguridad Social, y por la Ley 26/2009, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

#### D. EL ALCANCE DEL ART. 17 EAAND. ¿LA RELACIÓN PARAMATRIMONIAL COMO REFERENTE?

- 15 A las leyes autonómicas que regulan la situación de las parejas aún conocidas como «de hecho» se han venido a superponer los Estatutos de autonomía reformados desde 2006. En su mayoría, estos Estatutos asumen la idiosincrasia versátil y flexible del concepto de familia, y la correspondiente obligación de los poderes públicos de proteger las distintas modalidades que pudiera adoptar, no sólo más allá del matrimonio, sino también más allá de la convivencia paramatrimonial. Así, y tras su reforma, el EAAC reconoce entre sus principios rectores la obligación de los poderes públicos de proteger «las distintas modalidades de familia, garantizándose la igualdad de trato entre las mismas» (art. 16.13), sin incluir referencia alguna a las parejas de hecho o a otra modalidad específica de familia. Otros Estatutos mencionan la protección o la defensa integral de la familia como una obligación de los poderes públicos distinta, y presumiblemente más amplia, de la de garantizar los derechos de «las situaciones de unión legalizadas» o de «toda forma de convivencia reconocida por el ordenamiento jurídico» (art. 10.3 EAV; art. 16.3 EAIB; art. 24 b EAAR). Como contrapunto, el art. 40.2 EAC sitúa entre sus principios rectores la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección jurídica, económica y social tan sólo de aquellas «modalidades de familia previstas en las leyes»<sup>14</sup>.
- 16 La mayoría de los Estatutos de autonomía reformados desde 2006 asumen pues la obligación de proteger la familia entendida en términos amplios y abiertos. Parecen así renunciar a reducir las formas de convivencia acreedoras de tutela como familia a algunos modelos predefinidos, en línea, con la jurisprudencia constitucional sobre el art. 39.1 CE. La consecuencia es que los poderes públicos autonómicos deberán establecer canales y criterios de comunicación con aquellas y aquellos de sus administradas y administrados que demanden protección como familia, con el objeto de determinar si su relación convivencial puede efectivamente considerarse una familia a efectos jurídicos. La jurisprudencia constitucional apunta, en concreto, a la necesidad de establecer criterios tan flexibles como fiables para determinar si una relación convivencial constituye un marco de solidaridad y de (inter)dependencia que permita considerarla una familia.
- 17 Como sabemos, el art. 17 EAAnd garantiza la tutela de la familia como un derecho. Su primer apartado comienza garantizando la protección social, jurídica y económica de la familia, sin mayores especificaciones. Y sin embargo, en su segunda frase, el art. 17.1 EAAnd reserva el acceso a ayudas públicas a «las diversas modalidades de familia existentes según la legislación civil», en línea con el art. 40.2 EAC. Más allá de la filiación, la legislación civil reconoce como familia únicamente a las uniones matrimoniales y a las parejas «de hecho» reconocidas en derecho. Esta referencia a la legislación civil no tiene por qué limitar el alcance de la protección social, jurídica y económica que se garantiza en la primera frase de ese art. 17.1 EAAnd. Nada impide que en una lectura amplia de familia esta protección se extienda a marcos de

<sup>14</sup> La Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, es, con todo, enormemente flexible en lo que concierne a los requisitos constitutivos de las parejas de hecho de sexo distinto, quienes sólo deben acreditar un periodo de convivencia ininterrumpido de dos años (arts. 1, 2, 9, 10, 19 y 21). Además, la Ley catalana 19/1998 regula y protege relaciones convivenciales de dos o más personas con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, ancladas pues en los principios de solidaridad y dependencia.



solidaridades y de (inter)dependencias con presencia en nuestra sociedad distintos de las uniones matrimoniales y paramatrimoniales. Lo cierto, con todo, es que las ayudas públicas son un canal fundamental de asistencia a las familias, y que éste aparece reservado a las formas de familia contempladas en la legislación civil.

Es más, para el art. 17 EAAnd, las parejas «de hecho» reconocidas en derecho son el modelo familiar de referencia como alternativa al matrimonio. Ello es especialmente evidente en su segundo apartado. Estas parejas son el único modelo familiar al que se refiere el art. 17.2 EAAnd, que además las equipara en derechos con las parejas casadas, dentro del ámbito de competencias de nuestra Comunidad Autónoma. Nótese, por lo demás, que la equiparación entre parejas casadas y parejas ‘de hecho’ se hace depender de un rito constitutivo de las segundas, cual es su inscripción en un registro habilitado al efecto, en claro paralelismo con el rito constitutivo del matrimonio, sustituyendo la inscripción en el registro civil por la inscripción en un registro administrativo. De este modo, nuestro Estatuto de Autonomía se hace eco de la letra y del espíritu de la Ley andaluza de Parejas de Hecho. El resultado no es sólo el protagonismo de las parejas ‘de hecho’ en el marco del derecho de las familias a la protección de los poderes públicos autonómicos. Es también la asimilación de las primeras a las parejas casadas, en derechos y en formalidad constitutiva, lo cual es fuente tanto de reconocimiento de derechos como de regulación jurídica. Pero esa asimilación puede también ser fuente de exclusión de tutela pública de otros modelos familiares, de formas convivenciales con presencia social y manifiestas necesidades de tutela que descansen en la lógica de la solidaridad y la (inter)dependencia, de acuerdo con la STC 222/1992, pero que no sean parejas de hecho registradas. Que el protagonismo de éstas últimas tenga o no efectos excluyentes dependerá de que a la primera frase del art. 17.1 EAAnd se le otorgue mayor alcance que al resto del artículo. 18

#### E. REFLEXIONES Y ENIGMAS DE FUTURO

Pese a la desvinculación que nuestra Constitución introduce entre el derecho al matrimonio y la obligación de nuestros poderes públicos de proteger la familia, y pese a que nuestro Tribunal Constitucional ha apuntado a una definición tentativa de familia tan abierta como flexible, nuestros poderes públicos han tendido tanto a reducir la noción jurídica de familia no matrimonial a las parejas de hecho, como a asimilar su situación jurídica a la del matrimonio. Todo ello, claro está, más allá de las relaciones de filiación. En el fondo de esta doble tendencia se encuentra la percepción de la familia matrimonial como piedra de toque de nuestra organización social, y la consiguiente dificultad de idear un modelo de sociedad que descansa en modelos familiares estructuralmente alternativos a ella. 19

Ciertamente, la primera frase del art. 17.1 EAAnd no reduce el concepto jurídico de familia al de parejas de hecho. Con todo, el protagonismo de estas últimas en el art. 17 es tal que se corre el riesgo de que absorba todo su contenido, de que la primera frase del art. 17.1 EAAnd acabe siendo interpretada a la luz del resto del artículo. La posibilidad de este escenario interpretativo suscita varios interrogantes. Cabe preguntarse ante todo cuál será el impacto del art. 17 EAAnd sobre la situación jurídica de las parejas de hecho no inscritas en el registro, si serán objeto de protección al amparo de la primera frase del art. 17.1, y con base en la doctrina de los tribunales 20

Supremo y Constitucional. Y hemos también de preguntarnos qué sucederá con otros modelos convivenciales que puedan tener presencia y manifiestas necesidades de tutela en nuestra sociedad, modelos basados en la lógica de la solidaridad y de la (inter)dependencia, pero distintos del matrimonio y de las parejas de hecho. ¿Considerarán nuestros poderes públicos que pueden constituir una familia a efectos estatutarios dos personas que, aunque convivan con base en parámetros de solidaridad y de (inter)dependencia, no estén unidas por un vínculo afectivo paraconyugal? Si es así, ¿qué criterios seguirán para determinar si, donde no existe matrimonio ni pareja de hecho registrada, nos encontramos efectivamente ante una familia? Más aún, no es de descartar que nuestros poderes públicos deban enfrentarse a la cuestión de si modelos convivenciales que incluyan a más de dos personas, vinculadas o no por lazos afectivos paraconyugales, son acreedores de la protección del art. 17.1 de EAAAnd. En efecto, la prohibición de los matrimonios polígamos en nuestro ordenamiento no resuelve la cuestión de si situaciones convivenciales de más de dos personas constituyen una familia a efectos de la primera frase del art. 17.1 EAAAnd, interpretada a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 39.1 CE.

- 21 La respuesta a estas preguntas dependerá de la acogida que encuentre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre protección de la familia más allá del ámbito de las parejas paramatrimoniales, de hasta dónde se desarrolle su potencial. En última instancia, la adaptabilidad del art. 17 EAAAnd a las nuevas realidades familiares dependerá de que, al amparo de esa jurisprudencia, la primera frase de su primer apartado sea objeto de interpretación y aplicación práctica independiente al resto del artículo. Al mismo tiempo, esa interpretación y aplicación deberán introducir criterios que, aun alejándose de fórmulas estereotipadas y permaneciendo flexibles y adaptables a la evolución de las modalidades de convivencia presentes en nuestra sociedad, permitan identificar cuáles de esas modalidades son acreedoras de protección pública como familia.

**Artículo 18. Menores**

*1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes.*

*2. El beneficio de las personas menores de edad primará en la interpretación y aplicación de la legislación dirigida a éstos.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20.894 [pág. 20908])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21.054 [pág. 21059]).

**Artículo 18. Menores**

*1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la atención integral necesaria para el desarrollo saludable de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social.*

*2. El beneficio de las personas menores de edad primará en la aplicación e interpretación de la legislación dirigida a éstos.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23.646 [pág. 23666]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23.898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006 pág. 24.254 [pág. 24258]).

**Artículo 18. Menores**

*1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes.*

2. *El beneficio de las personas menores de edad primará en la interpretación y aplicación de la legislación dirigida a éstos.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 6]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 202]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 254]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 93]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 13*

*La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]*

*23. Instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando la legislación civil, penal y penitenciaria.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 17); Comunidad Valenciana (arts. 10 y 13.3); Extremadura (art. 7.14); Baleares (art. 16.3); Aragón (art. 24 e.); Castilla y León (art. 13.6).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía
- Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía.
- Decreto 228/1999, de 15 de noviembre, por el que se regula el Consejo Andaluz de Asuntos de Menores.
- Decreto 237/1999, de 13 de diciembre, por el que se regula el Consejo Regional y los Consejos Provinciales de Infancia.
- Decreto 75/2001, de 13 de marzo, por el que se regula el Observatorio de la Infancia en Andalucía.
- Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de desamparo, tutela y guarda del menor de Andalucía.
- Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, que regula la actuación administrativa en los procedimientos de acogimiento y adopción de menores.
- Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, sobre el acogimiento residencial de menores.
- Decreto 3/2004, de 7 de enero, que establece el sistema de información sobre maltrato infantil en Andalucía.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 141/2000, FJ 5.º

STC 247/2007, FJ 15.º

STC 31/2010, FJ 16.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

BARRANCO VELA, Rafael (Dir.): *La protección de los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*, Comares, Granada, 2009.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008.

—: (Dir.): *Derecho Internacional Privado, XI Edición*, Comares, Granada, 2010-2011, Vol. II.

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: «La Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L., 2, (1998), págs. 304-307.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen: «Las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia de menores», en VV.AA.: *Protección jurídica del menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Granada 1997, págs. 15-27.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «"Situaciones de desamparo" y "situaciones de riesgo" de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (Dir.): *La Desprotección Social de los Menores y las Instituciones de Amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, págs. 49-63.

- DURÁN AYAGO, Antonia: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004.
- FRANKENBERG, Günter: «Why Care? - The Trouble with Social Rights», en *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5 (1996), págs. 1365-1390.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Dir.): *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.
- GIRÓN LÓPEZ, César: «Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores», en VV.AA.: *Protección jurídica del menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Granada, 1997, págs. 30-45.
- IGLESIAS REDONDO, Juan Ignacio: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996
- MEDINA GUERRERO, Manuel: «Derechos sociales y financiación autonómica», en VV.AA.: *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Centro de Estudios Andaluces, 2008, págs. 1-31.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- MORENO TRUJILLO, Eulalia: «Actuaciones de protección del menor», en Vv.aa.: *Protección jurídica del menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Granada 1997, págs. 47-84.
- NAVARRO ATIENZA, Manuel Andrés: «Legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados», en VV.AA.: *Protección jurídica del menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Granada, 1997, págs. 177-182.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (Dir.): *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor*, Universidade da Coruña, 1999, págs. 23-36.
- PORRAS NADALES, Antonio: *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, págs. 62-73.
- POUS DE LA FLOR, María Paz, y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (Coords.): *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ BENOT, Ángel: «La protección de los menores extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía», en RODRÍGUEZ BENOT, Á., y HORNERO MÉNDEZ, C.: *La Protección del Menor en Andalucía. Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor*, Comares, Granada, 2000, págs. 105-161.
- RODRÍGUEZ BENOT, Ángel, y HORNERO MÉNDEZ, César: *La protección del menor en Andalucía. Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor*, Comares, Granada, 2000.
- RUIZ JIMÉNEZ, Juana: «La capacidad del menor», en POUS DE LA FLOR, M. P., y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.): *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid, 2009, págs. 29-60.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. HIJAS, HIJOS Y MENORES. DEL ART. 39 CE AL ART. 18 EAAND. C. LAS PERSONAS MENORES EN ANDALUCÍA. EL LUGAR DE LOS PODERES PÚBLICOS AUTONÓMICOS. D. REFLEXIÓN FINAL.

### A. INTRODUCCIÓN

Uno de los legados del último siglo ha sido la evolución del lugar que las personas menores de edad ocupan en la conciencia social y en el universo jurídico occidentales.<sup>1</sup> Del sometimiento de hijas e hijos a la patria potestad, concebida como poder absoluto del padre (*Partidas* 4, 17, 3), pasamos a la concepción de las personas menores como objeto de tutela articulada a través de esa misma patria potestad y/o de su sometimiento al poder estatal, como titulares «pacientes» de unos derechos que ahora se les reconocían, sí, pero cuya capacidad para ejercerlos era filtrada a través de sus representantes legales (MORENO TRUJILLO, E., 1997, pág. 47). Y de ahí hemos pasado al reconocimiento de las personas menores como auténticos sujetos jurídicos, titulares de derechos y partícipes en cuanto tales en los procesos de comunicación e intercambio sociales que están en la base del Estado democrático. Hoy se las concibe, más concretamente, como «personas en desarrollo», cuya capacidad para decidir su destino, ejercer sus derechos, satisfacer necesidades propias y ajenas, y participar en la sociedad crece progresivamente (BARRANCO VELA, R., 2009, pág. 6)<sup>1</sup>. Este cambio de perspectiva las ha convertido en acreedoras de la protección que precisan de sus madres, padres y/o de los poderes públicos para culminar ese proceso de desarrollo.

La evolución de la situación jurídica de las personas menores de edad está presente en las normas y directrices internacionales sobre la materia<sup>2</sup>. Así, la Declaración de Ginebra, de 24 de septiembre de 1924, se refirió a ellas, no como incapaces, sino como personas en desarrollo, si bien aún no como titulares de derechos, y enfatizó nuestra obligación de facilitar ese desarrollo. La Declaración Universal de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, las reconoció ya como sujetos de derechos, aunque desde una perspectiva todavía pasiva y tuitiva. A ella la sucedió la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990 (RCL 1990, 2712), que vino a completar la anterior y, en el ámbito europeo, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992 (Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo). Ambas reconocen ya a las personas menores no sólo como objeto de tutela, sino como auténticos titulares de derechos, cuya capacidad para ejercerlos evoluciona de manera progresiva. Ambas subrayan la importancia que en su protección tienen las políticas de protección de las familias, así como el lugar de madres y padres como primeros cuidadores, respecto de los que el Estado asume responsabilidades de tipo complementario y subsidiario. Y ambas establecen, en fin, el protagonismo del interés de las personas menores en sus relaciones tanto con sus madres y padres como con el Estado.

<sup>1</sup> Sobre la capacidad de obrar del menor, v. RUIZ JIMÉNEZ, J., 2009, págs. 29-60.

<sup>2</sup> Sobre normas y directrices internacionales y europeas en material de menores, RODRÍGUEZ BENOT, Á., y HORNERO MÉNDEZ, C., 2000, págs. 105-120, y la bibliografía allí citada.

- 3 En línea con estos documentos internacionales, el art. 39 CE recoge la obligación de los poderes públicos de proteger a las personas menores como un principio rector de la política social y económica. Y en esa misma línea, el art. 18 EAAnd de 2007 reconoce el derecho de las personas menores a recibir la protección y atención integral de los poderes públicos autonómicos<sup>3</sup>.

#### B. HIJAS, HIJOS Y MENORES. DEL ART. 39 CE AL ART. 18 EAAND

- 4 En la base de la protección de las personas menores en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra el art. 39 CE. En él conviven dos perspectivas. La primera (arts. 39.2 y 39.3) contempla a las personas menores en cuanto que hijos (o hijas), y afirma las obligaciones que para con ellos tienen padres (y madres), siempre con base en el principio de igualdad, subrayando asimismo las obligaciones de los poderes públicos para con las madres y para con las familias (art. 39.1). La otra perspectiva (art. 39.4) contempla a las personas como niños (o niñas), sin referencia alguna a su situación familiar, garantizándoles «la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», integrando, pues, estos acuerdos en el «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC 141/2000, FJ 5.º). En el art. 39 CE se dan cita, pues, la figura del hijo o hija, y la del menor o la menor (MORENO TRUJILLO, E., 1997, pág. 48). Ambas convergen en la obligación del Estado de proteger a hijas e hijos menores de edad, subsidiariamente respecto de madres y padres. Y si la primera figura está en el centro del derecho de familia y sucesiones, como materia de derecho civil por antonomasia, la segunda es objeto de atención tanto del derecho civil, en lo que hace a su capacidad de obrar, como del derecho público, en lo que hace a las obligaciones de tutela del Estado. En relación con ésta última, el art. 39 CE se limita a constitucionalizar parámetros internacionales de protección de menores, sin elaborarlos, ni ampliarlos o complementarlos con parámetros o criterios propios.
- 5 Tanto desde la perspectiva de la filiación como desde la de la minoría de edad, la protección constitucional de las personas menores ha sido objeto de desarrollo normativo. Así, el legislador estatal ha introducido importantes reformas en este terreno, con base en las competencias que los apartados 1, 5, 6 y 8 del art. 149.1 CE le conceden en materia de derechos fundamentales, de administración de justicia y de legislación procesal y civil. Destacan la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la Tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre Adopción; la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre Exhibicionismo y Provocación Sexual en Relación con los Menores; la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores; y finalmente la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. A ellas se suma la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sobre los poderes públicos autonómicos como exclusivos destinatarios de los derechos reconocidos en un Estatuto de autonomía, STC 31/2010, FJ 16.º

<sup>4</sup> Por todos, IGLESIAS REDONDO, J. I., 1996; GARCÍA GARNICA, M. C. (Dir.), 2008; CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2008; POUS DE LA FLOR, M. P., y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.), 2009.



A nivel autonómico, el EAAAnd de 1981 era uno de los seis Estatutos de autonomía que antes de la última oleada de reformas estatutarias asumían competencias exclusivas específicas en materia de «protección y tutela de menores, respetando la legislación civil, penal y penitenciaria» (art. 13.23 EAAAnd de 1981), más allá pues de sus competencias genéricas en materia de asistencia y servicios sociales (art. 13.22)<sup>5</sup>. Todo ello con base en el art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE. El art. 13.23 EAAAnd de 1981 fue objeto de desarrollo legislativo por la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que sentó las bases del denominado Sistema de Atención a la Infancia en Andalucía, completado por una serie de decretos y órdenes, entre ellos el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de desamparo, tutela y guarda del menor de Andalucía, el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, que regula la actuación administrativa en los procedimientos de acogimiento y adopción de menores y el Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, sobre el acogimiento residencial de menores<sup>6</sup>.

El art. 18 EAAAnd de 2007 ha heredado este desarrollo normativo, superponiéndose a él, y enriqueciéndolo con algunas aportaciones importantes. Para empezar, el art. 18 EAAAnd eleva a rango estatutario la obligación de los poderes públicos andaluces de proteger a las personas menores, una obligación cuyo desarrollo formaba ya parte, como hemos visto, del acervo normativo autonómico (PORRAS NADALES, A., 2007, pág. 64). Esa obligación se corresponde, además, y en línea con otros Estatutos de autonomía reformados desde 2006 (v. art. 10.3 EAV; art. 17 EAC; art. 16 EAIB; art. 13.6 EACL.), con el reconocimiento de un derecho estatutario de las personas menores a recibir protección y atención de los poderes públicos andaluces. Ciertamente, los derechos estatutarios son una categoría jurídica aún por perfilar. El TC ha dejado claro que los derechos estatutarios vinculan a los poderes públicos autonómicos. Ha dejado también claro que aquellos que no se limiten a reproducir un derecho fundamental, «deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto» a la comunidad autónoma en cuestión (STC 247/2007, FJ 15.º; v. también STC 31/2010, FJ 16.º). Es éste el caso del art. 18 EAAAnd, que todo lo más reproduce un mandato a los poderes públicos que la Constitución española recoge como un principio rector de la política social y económica. El art. 18 EAAAnd precisa, pues, de un punto de referencia competencial, que se encuentra en las competencias que el art. 61 EAAAnd asume en materia de protección de menores.

Lo que no ha dejado claro el Tribunal es la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios (v. el comentario al art. 12). Mientras la STC 247/2007 (FJ 15.º) no permite hablar de verdaderos derechos estatutarios, en la medida en que subordina su eficacia a

<sup>5</sup> Véase también art. 9.20 EAC; art. 16.1 e) EAIB; art. 44.23 LORAFNA; art. 31.1 EACM; art. 31.27 EAV.

<sup>6</sup> Véase también el Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de habilitación de instituciones colaboradoras de adopción internacional; Orden de 3 de noviembre de 1998, sobre la admisión de solicitudes para la adopción de menores tutelados por la Junta de Andalucía; Decreto 362/2003, de 22 de diciembre, que aprueba el Plan integral de atención a la infancia en Andalucía 2003-2007; Decreto 3/2004, de 7 de enero, que establece el sistema de información sobre maltrato infantil en Andalucía; Orden de 11 de febrero de 2004, sobre procedimiento de coordinación para la atención a menores víctimas de malos tratos en Andalucía. A nivel de organización institucional, véanse Decreto 237/1999, de 13 de diciembre, por el que se regula el Consejo Regional y los consejos provinciales de Infancia; Decreto 228/1999, de 15 de noviembre, por el que se regula el Consejo Andaluz de Asuntos de Menores; Decreto 75/2001, de 13 de marzo, por el que se regula el Observatorio de la Infancia en Andalucía.

la previa intervención del legislador, la STC 31/2010 (FJ 16.º) parece admitir, no sin ambigüedades, que aunque algunos derechos estatutarios dependen para su plena eficacia de la *interpositio legislatoris*, en la medida en que tienen contenido prestacional<sup>7</sup>, otros son verdaderos derechos subjetivos, directamente vinculantes y reclamables ante los tribunales de justicia. El contenido prestacional del art. 18 EAAAnd parece situarlo entre los derechos estatutarios que precisan para su plena eficacia de la intervención del legislador. El mismo contiene una remisión a la ley, en lo que concierne a la concreción del derecho de las personas menores a recibir prestaciones sociales. Lo anterior, con todo, no permite descartar que en alguna medida el art. 18 EAAAnd pueda reivindicarse directamente ante los tribunales (STC 254/1993, FJ 6.º). A falta de una mayor concreción de la jurisprudencia constitucional respecto de la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, lo cierto es que el art. 18 EAAAnd reconoce a las personas menores un derecho a la protección de los poderes públicos autonómicos (STC 31/2010, FJ 16.º), derecho que pasa a formar parte del bloque de la constitucionalidad y que se traduce, cuanto menos, en un mandato a esos poderes de prestar esa protección. Todo ello siempre dentro del marco de las competencias asumidas por el Estatuto de Autonomía para Andalucía en materia de protección de menores, competencias de contenido fundamentalmente asistencial (art. 61 EAAAnd).

<sup>9</sup> El art. 18 EAAAnd supone así un salto cualitativo respecto del art. 13.23 EAAAnd de 1981, y respecto de su normativa de desarrollo. También lo es en relación con el contenido del art. 39 CE. Lo es, ante todo, en la medida en que, como hemos visto, la protección de las personas menores se reconoce como un derecho, no como un principio rector de las políticas públicas. Todo ello, más allá de que el art. 18 EAAAnd reconozca a las personas menores el derecho a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes, y siempre con las mencionadas reservas sobre el contenido de los derechos estatutarios. Lo es, asimismo, en la medida en que, a diferencia del art. 39 CE, el art. 18 EAAAnd desvincula el mandato a los poderes públicos andaluces de proteger y atender a las personas menores de toda referencia a la protección de la familia (art. 17 EAAAnd), a la filiación, y a las obligaciones de madres y padres para con hijas e hijos. La filiación y otras cuestiones definitorias del estatuto jurídico de las personas menores quedan fuera del alcance del art. 18 EAAAnd, como queda fuera de su alcance la regulación de cuestiones judiciales y procesales que les afecten, materias todas ellas sobre las que Andalucía carece de competencias (apartados 5, 6 y 8 del art. 149.1 CE). Sin desconocer la importante conexión entre el bienestar de las personas menores y el bienestar familiar, y en línea con el contenido asistencial de las competencias que el art. 61 EAAAnd asume en la materia, en el centro del art. 18 EAAAnd se sitúan las necesidades de desarrollo y bienestar integrales (familiar, escolar y social) de las personas menores.

<sup>10</sup> Además, el art. 18 EAAAnd no se limita a asumir los niveles de protección de menores recogidos en acuerdos internacionales, como hace el art. 39.4 CE. Ciertamente, el art. 18.2 EAAAnd se alinea con el derecho internacional, al consagrar el beneficio de las personas menores de edad en criterio determinante de la interpretación y aplicación de la legislación dirigida a ellas. Pero el art. 18.1 EAAAnd introduce un parámetro de protección propio, reconociendo a las personas menores el derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral *necesarias para el*

<sup>7</sup> Sobre el carácter social de la práctica totalidad de los derechos estatutarios, MEDINA GUERRERO, M., 2008, págs. 2-3.

*desarrollo de su personalidad* y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social (v. también art. 17 EAC; art. 13.6 EACL). Adoptar el desarrollo de la personalidad de las personas menores como parámetro de la protección a la que éstas tienen un derecho estatutario implica contemplarlas como personas en desarrollo, como ciudadanas/os en ciernes, cuya participación en las distintas esferas sociales depende de su plena formación como tales, la cual precisa a su vez de la asistencia de los poderes públicos. Hacerlo implica asimismo tomar conciencia del papel de los derechos de contenido asistencial como provisorios de las condiciones materiales para el disfrute de los derechos de participación ciudadana (FRANKENBERG, G., 1996, págs. 1381-1390).

### C. LAS PERSONAS MENORES EN ANDALUCÍA. EL LUGAR DE LOS PODERES PÚBLICOS AUTONÓMICOS

El art. 18 EAAnd reconoce a las personas menores un derecho, como hemos visto, de contenido asistencial. Existen circunstancias que acentúan el protagonismo de los poderes públicos andaluces frente a los estatales en materia de protección de menores. Para empezar, no todas las cuestiones relativas a aspectos personales de las personas menores aparecen detalladas en la legislación civil estatal, lo que provoca que algunas pasen a ser reguladas por las comunidades autónomas. Es el caso de los criterios de valoración de la idoneidad de las familias acogedoras y adoptantes, o del régimen de visitas de que disfrutarán las personas menores (arts. 8 y 25 del Decreto andaluz 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción; sobre este tema, MORENO TORRES, J., 2009, pág. 58). Más aún, aunque el estatuto jurídico de la familia es materia de derecho civil, contemplada desde una perspectiva asistencial la propia definición de familia queda en manos de los poderes públicos autonómicos. Son éstos quienes determinan qué modelo de convivencia constituye una familia a efectos de recibir la protección de los poderes públicos (v. art. 17 EAAnd *supra*), y a efectos de tener acceso al acogimiento de menores (v. art. 9 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho). Todo ello siempre con atención al interés superior de las personas menores y al respeto de sus derechos (art. 8 del Decreto andaluz 282/2002). 11

Sucede, además, que la regulación de cuestiones relativas a la organización y gestión de la asistencia a menores no es siempre fácil de deslindar de la regulación de su estatuto personal. El resultado es que al regular cuestiones asistenciales, las comunidades autónomas, incluso aquéllas sin competencias en materia de derecho civil, se adentran en otras que afectan al estatuto personal de las personas menores (MORENO TORRES, J., 2009, pág. 59). Así, en Andalucía, el Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del acogimiento residencial de menores de Andalucía, regula cuestiones como la gestión del patrimonio de las personas menores, el régimen de convivencia o la potestad de corrección. En ocasiones, estas incursiones en materias relativas al estatuto personal de las personas menores se traducen en desajustes puntuales con la regulación estatal. Así, por ejemplo, mientras el desamparo aparece definido en el art. 172 CC como una situación fáctica de desprotección, como una mera situación de hecho, el art. 23 de la Ley andaluza 1/1998 requiere que, para que exista desamparo, concurra intencionalidad o algún elemento que agrave la situación de desatención. 12

Y además la LO 1/1996 profundizó una tendencia presente ya en la Ley 21/1987, consistente en la ampliación de las atribuciones de la Administración en detrimento del 13

papel protagonista del Poder Judicial en materia de protección de menores (PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., 1999, pág. 25 y ss; DE PABLO CONTRERAS, P., 1999, pág. 49 y ss). El objetivo de esta reforma era agilizar las actuaciones en esta materia de cara a evitar situaciones de desprotección. Su resultado ha sido la modificación del Código Civil en los ámbitos de acogimiento, guarda y tutela, a través de una serie de figuras, como el acogimiento provisional (art. 173.3 CC), que permite a la Administración entregar a un o una menor en acogida cuando los progenitores se opongan a esta medida administrativa, y hasta que recaiga resolución judicial; la guarda administrativa de menores, asumida temporalmente cuando quienes tienen potestad sobre el/la menor lo soliciten, porque no pueden atenderlo por circunstancias graves, o porque el Poder Judicial así lo ordene (art. 172.2 CC); o la tutela administrativa automática de menores que se encuentren en situación de desamparo (art. 172.1 CC). También en materia de adopción, el art. 176.2 CC hace ahora recaer sobre la Administración la propuesta a los tribunales de posibles adoptantes en supuestos en que la desprotección de una persona menor presente rasgos de permanencia (BARRANCO VELA, R., 2009, pág. 14). De este modo, y con la LO 1/1996, la Administración asume el protagonismo de las primeras actuaciones en materia de protección de menores.

- 14 El protagonismo de la Administración en materia de menores tiene como contrapartida su sometimiento al derecho civil, y la canalización del control de su actuación a través de la jurisdicción civil. También implica, de otro lado, la desjudicialización de los instrumentos jurídicos en materia de protección de menores. Como resultado, la actuación del Poder Judicial en materia de menores ha quedado reducida al control de la actuación administrativa (art. 174.2 CC), a la mediación en supuestos de conflictos de intereses entre Administración, menores y padres biológicos y/o de acogida (art. 173.3 CC), y a la constitución de la adopción (art. 176.1 CC). Todo ello en aras de una mayor agilidad y capacidad de respuesta ante situaciones concretas.
- 15 La LO 1/1996, en definitiva, ha venido a consolidar una aproximación a la protección de menores en la que el derecho civil convive con el derecho administrativo. Lo cual ha llevado a la doctrina administrativista a hablar, más o menos críticamente, de la «civilización» de la actuación de la Administración, de su sometimiento a parámetros y controles propios del derecho civil, mientras algunos civilistas lamentan la «administrativización» de lo que consideran son instituciones propias de derecho civil (v. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., 1997, pág. 22 y ss, y la literatura allí citada; GIRÓN LÓPEZ, C., 1997, pág. 30 y ss; DE PABLO CONTRERAS, P., 1999, pág. 57). La protección de menores se ha consolidado, en fin, como un terreno de intersección de los ámbitos de actuación del derecho civil y del administrativo. Pues bien, esta tendencia hacia la desjudicialización del sistema de protección de menores ha acentuado su descentralización, con el consiguiente desplazamiento hacia las comunidades autónomas de la regulación y organización de aspectos relevantes del mismo, y con el consiguiente protagonismo de los nuevos derechos estatutarios de las personas menores.
- 16 La Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, y su posterior desarrollo reglamentario, fueron ya una respuesta a la desjudicialización operada por la LO 1/1996 (v. los comentarios a esta ley recogidos en RODRÍGUEZ BENOT, A., y HORNERO MÉNDEZ, C., 2000). Al igual que ésta, la Ley 1/1998 extiende su protección a todas las personas menores, incluyendo a las/los menores extranjeras/os «durante el tiempo que estos permanezcan en nuestra Comunidad Autónoma» (DA 8.<sup>a</sup>).

Y al igual que el art. 18 EAAAnd, la Ley 1/1998 concibe a las personas menores como personas en desarrollo, sujetos jurídicos y al mismo tiempo objeto de protección de los poderes públicos, de forma directa o a través de sus familias. Su contenido es, así, fundamentalmente tuitivo, en línea con las necesidades de desarrollo de las personas menores y con las limitaciones legales de su capacidad de obrar, haciendo responsables a los poderes públicos andaluces de la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a su protección y asistencia (art. 18).

En esta lógica tuitiva, el apoyo a las familias aparece como una política de prevención de situaciones de riesgo para las personas menores (art. 20), situaciones que amenacen con perjudicar su desarrollo personal o social. En el supuesto de que las políticas preventivas fracasasen, la Ley 1/1998 obliga a los poderes públicos andaluces a intervenir para asistir a menores en situación de conflicto social (art. 40) o de desamparo, mediante la tutela administrativa inmediata o *ex lege* (art. 23), la guarda administrativa (art. 24) y mediante su participación en procesos de acogimiento familiar, administrativo o judicial (art. 28) residencial (art. 36) y adopción (arts. 30-31). Como criterios de actuación se asumen, entre otros, la prevalencia de las políticas de prevención, la prioridad de mantener a las personas menores en su entorno familiar, o en su defecto en un entorno familiar alternativo, y por encima de todo ello la superioridad del interés de las personas menores (art. 19.3)<sup>8</sup>. En relación con menores extranjeras/os, además, las obligaciones de los poderes públicos andaluces van más allá de su atención y protección en supuestos de riesgo o desamparo mientras permanezcan en Andalucía, para abarcar la obligación de promover programas de cooperación con sus estados de origen, de colaborar con la Administración del Estado en el acogimiento de menores extranjeros en Andalucía, e incluso de facilitar la adopción de menores en el extranjero por personas residentes en Andalucía (v. DA 8.<sup>a</sup> de la Ley 1/1998)<sup>9</sup>. Todo ello más allá de la obligación de los poderes públicos andaluces de promover y proteger los derechos de las personas menores (art. 3), derechos de contenido fundamentalmente asistencial (arts. 5-16), y como tales instrumentales para su desarrollo y participación social.

#### D. REFLEXIÓN FINAL

El art. 18 EAAAnd ancla al Sistema de Atención a la Infancia en Andalucía en el bloque de la constitucionalidad. El desarrollo de este sistema, que otorga a los poderes públicos andaluces una amplia capacidad de intervención en materia de protección y asistencia de menores, ha sido posible gracias a la desjudicialización y consiguiente descentralización del sistema de atención a menores y de su aparato administrativo asistencial. Y ha sido posible gracias al tratamiento jurídico de las/los menores como personas en desarrollo, cuya capacidad progresiva de toma de decisiones y participación social debe ser respetada y tutelada por los poderes públicos.

<sup>8</sup> Sobre la introducción de conceptos jurídicos indeterminados, como riesgo, desamparo, o el interés superior del menor, en materia de protección de menores, NAVARRO ATIENZA, M. A., 1997, págs. 177-182.

<sup>9</sup> CAMPUZANO DÍAZ, B., 1998, págs. 305-307; RODRÍGUEZ BENOT, A., 2000, pág. 115 y ss. Sobre los instrumentos internacionales que regulan las relaciones de derecho internacional privado que afectan a menores (protección de menores, responsabilidad parental, secuestro internacional, adopción internacional), DURÁN AYAGO, A., 2004, esp. pág. 71 y ss; CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.), 2010-2011, vol. II, pág. 213 y ss.

- 19 El art. 18 EAAnd ha dado un paso más hacia la construcción de un concepto social de ciudadanía. La concepción de las personas menores como personas nos sitúa ante el reto de superar el modelo clásico de ciudadanía, y la imagen del individuo independiente en que descansa, integrando en él a quienes, por definición, no encajan en esa imagen de independencia, y precisan, siquiera de forma transitoria, del apoyo de los poderes públicos para interactuar y hacer valer sus derechos en sus relaciones sociales. En el caso de las personas menores, esta necesidad, además de ser transitoria, se corresponde con una fase evolutiva de cuyo adecuado desarrollo dependerá la formación de ciudadanas y ciudadanos socialmente saludables.

## Artículo 19. Mayores

*Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20909])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21059]).

***Artículo 19. Mayores***

*Se garantiza a las personas mayores el acceso a una atención geriátrica y gerontológica especializada.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23666]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

***Artículo 19. Mayores***

*Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 6]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 202]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 254]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 94]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 13*

*La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]*

*30. Promoción de actividades y servicios para la juventud y la tercera edad. Desarrollo comunitario.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Comunidad Valenciana (art. 10.3); Cataluña (arts. 18 y 40.6); Aragón (art. 13.5); Extremadura (art. 7.14); Baleares (art. 16.3); Castilla y León (art. 13.5).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores.
- Desarrollo normativo del art. 24 (v. *infra*).



## E. JURISPRUDENCIA

STC 247/2007 (FJ 15.º).  
STC 31/2010 (FJ 16.º).

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

ARNÁU RIPOLLÉS, Soledad, y GIL GARCÍA, Eva: *Aportaciones a la ley de independencia desde una perspectiva de género*, Universidad Nacional de Educación a Distancia/ Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2007.

([www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/aportaciones\\_ley\\_independencia\\_soledad\\_arnau.pdf](http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/aportaciones_ley_independencia_soledad_arnau.pdf) - última consulta: 1 de septiembre de 2010)

BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María, y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: «La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G. (Coords.): *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 121-151.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G. (Coords.): *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 9-62.

MEDINA GUERRERO, Manuel: «Derechos sociales y financiación autonómica», en VV.AA.: *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, págs. 1-31.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149 (2010), págs. 87-122.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. ENVEJECIMIENTO ACTIVO, PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA Y BIENESTAR SOCIAL. C. PREVENIR Y «DESPATOLOGIZAR» LA DEPENDENCIA, ENRIQUECER LA CIUDADANÍA.

### A. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población es, desde distintos puntos de vista, una de las preocupaciones de nuestras sociedades de principios de siglo XXI. Uno de esos puntos de vista es la pérdida de autonomía que acompaña al envejecimiento y que nos sitúa, a partir de una cierta edad, en distintos niveles de dependencia respecto de otras personas para realizar actividades cotidianas. La pérdida de autonomía ligada a la edad no es, ciertamente, una situación nueva. A ella se refiere el art. 50 CE, que obliga a los poderes públicos a garantizar la suficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad. Lo que sí es nuevo es la generalización tanto de esas situaciones

de pérdida de autonomía, consecuencia del envejecimiento de la población, como de la socialización de las demandas prestacionales en que la falta de autonomía se concreta. Lo primero tiene su origen en los cambios demográficos en que resulta la extensión de nuestra expectativa de vida, lo que se ha llamado «envejecimiento del envejecimiento». Lo segundo deriva de la evolución de nuestros modelos familiares, muy concretamente de la incorporación de las mujeres a la ciudadanía activa, fruto de la redefinición de los roles de género. A la generalización de las necesidades prestacionales como consecuencia del envejecimiento se une, así, la generalizada dificultad, si no la imposibilidad, de satisfacer dichas necesidades en el ámbito de la familia, y la no menos generalizada dificultad o imposibilidad de afrontar económicamente la contratación de servicios que presten la asistencia requerida. Como resultado de todo ello, atender a las situaciones de dependencia que tienen su origen en el envejecimiento se ha convertido en una necesidad social<sup>1</sup>.

- 2 Tradicionalmente las situaciones de dependencia ligadas al envejecimiento han venido recibiendo protección indirecta en nuestro país a través del sistema de la Seguridad Social y de los servicios de asistencia sanitaria. En el primero, nos encontramos con prestaciones económicas que suplen la percepción de ingresos derivados del trabajo, mediante pensiones de jubilación o de viudedad (GONZÁLEZ ORTEGA, S., 2004, pág. 20 y ss). Se trata, sin embargo, de prestaciones que no están diseñadas para responder a situaciones de dependencia que sean resultado de la edad. Antes bien, responden a una lógica laboral que las priva de universalidad, condicionándolas a la existencia de una vida laboral previa, y que, además, las hace ajenas a toda situación de dependencia en que se pueda encontrar quien las recibe. Mejor enfocadas hacia la dependencia están las medidas previstas en el RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Se trata de medidas dirigidas a la «atención a los problemas específicos de salud, durante la tercera edad, conforme a lo dispuesto en el art. 50 de la Constitución». Faltaba, con todo, en nuestro sistema jurídico, un acercamiento global a la dependencia ligada al envejecimiento y a las necesidades de asistencia que genera, en materia económica y en materia sanitaria, pero también desde una perspectiva social más amplia.
- 3 La generalización de las situaciones de dependencia de las personas mayores y de la imposibilidad de hacerles frente en privado está en el origen de la preocupación actual por las situaciones de dependencia en sentido amplio (más allá, pues, de las que son consecuencia del envejecimiento), de la conceptualización de la atención a la dependencia como una necesidad social y, en última instancia, de la introducción de la atención a la dependencia en la agenda de nuestros representantes políticos. Así, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió su Recomendación No. R (98) 9, de 18 de septiembre de 1998, sobre dependencia, impulsada por las situaciones que provoca el envejecimiento de la población, si bien configurada para hacer frente a todo tipo de dependencia, con independencia de su causa. En esta línea, y desde lo que se ha llamado la óptica de la asistencia social «vertebrada» (BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. y MUÑOZ RUIZ, A. B., 2004, pág. 125), en el sentido de global y ordenada, los parlamentos de Cantabria y de Madrid adoptaron sendas leyes de atención a las personas dependientes, a saber, la Ley cántabra 6/2001, de 20 de noviembre, de

<sup>1</sup> Sobre la noción de necesidad social, consúltese GONZÁLEZ ORTEGA, S., 2004, pág. 10.

Protección a las Personas Dependientes y la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, respectivamente. Y también en esta línea, nuestro legislador estatal promulgó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Esta ley diseña un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD) que aspira a ser universal e integral. Para ello, establece las condiciones básicas de acceso a la atención a la dependencia en todo el territorio del Estado, apoyándose la implementación de dicho sistema en el principio de cooperación interterritorial con las comunidades autónomas y las entidades locales (v. art. 24 EAAAnd *infra*).

Este sistema de protección universal e integral a la dependencia diseñado por el legislador estatal ha sido polémico desde el punto de vista competencial (v. art. 24 *infra*). Y al mismo tiempo, el modelo de cooperación interterritorial diseñado por la Ley 39/2006 ha impulsado el reconocimiento de la obligación de los poderes públicos de atender a la dependencia en general, y a la situación de las personas mayores en concreto, en los Estatutos de autonomía reformados desde el año 2006. Entre ellos se incluye el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2006 (art. 19). <sup>4</sup>

## B. ENVEJECIMIENTO ACTIVO, PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA Y BIENESTAR SOCIAL

El Estatuto de Autonomía para Andalucía se concentra en la protección de las personas mayores, desvinculándola, al menos en principio, de la atención a otras situaciones de dependencia. Así, mientras el art. 24 EAAAnd está dedicado a los derechos de las personas con discapacidad o más genéricamente en situación de dependencia, el art. 19 EAAAnd se concentra en el derecho de las personas mayores a una protección y atención integrales para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, de su dignidad, independencia y bienestar social e individual, así como a una atención sanitaria, social y asistencial adecuadas, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes. El art. 19 EAAAnd ha venido a consolidar una línea abierta ya en nuestra Comunidad Autónoma durante la vigencia del EAAAnd de 1981. Dentro del Sistema Público de Servicios Sociales configurado en la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, se contemplaba un área de atención y promoción del bienestar de la tercera edad, orientada a promover su integración y participación en la sociedad (arts. 6 y 11). A esta ley la siguió el Plan de Atención Integral a los Mayores Andaluces 2002-2005 y, sobre todo, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores. El objetivo de esta última es, de acuerdo con su art. 1, «regular y garantizar un sistema integral de atención y protección a las personas mayores» desde una perspectiva socio-sanitaria, promoviendo asimismo su integración y participación ciudadana. Todo ello, con base en las competencias que el Estatuto de Autonomía de 1981 asumía en materia de asistencia y servicios sociales (art. 13.22) y de promoción de actividades y servicios para la tercera edad y desarrollo comunitario (art. 13.30), entre otras. <sup>5</sup>

El art. 19 EAAAnd ha venido a superponerse a este panorama normativo, elevando la protección y la atención a las personas mayores, la promoción de su autonomía y su bienestar personal y social, a la categoría de derecho estatutario. Los derechos estatutarios son una categoría jurídica aún por perfilar (v. el comentario al art. 12). El Tribunal <sup>6</sup>

Constitucional parece tener claro el alcance de estos derechos. Sólo vinculan, para empezar, a los poderes públicos autonómicos (STC 31/2010, FJ 16.º). Además, en la medida en que no se limiten a reproducir un derecho fundamental reconocido en la Constitución española, como es el caso que nos ocupa, los derechos estatutarios «deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto» a la comunidad autónoma en cuestión (STC 247/2007, FJ 15.º; véase también STC 31/2010, FJ 16.º). Esta condición la satisface el art. 19 EAAnd. En efecto, los derechos que éste reconoce a las personas mayores conectan con las competencias exclusivas que el Estatuto asume en materia de servicios sociales y prestaciones con finalidad asistencial (art. 61 EAAnd), así como con las competencias compartidas que asume en materia de sanidad (art. 55 EAAnd).

7 Lo que el Tribunal Constitucional no ha acabado de perfilar es la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, y su correspondiente eficacia. En su sentencia 247/2007 (FJ 15.º), el Tribunal subordinó la plena eficacia de estos derechos al «ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia»; «sólo entonces», entendió el Tribunal Constitucional, «se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos». La STC 31/2010 (FJ 16.º), por su parte, parece admitir, no sin ambigüedades, que aunque algunos derechos estatutarios dependen para su plena eficacia de la *interpositio legislatoris*, en la medida en que tienen contenido prestacional<sup>2</sup>, la categoría de derechos estatutarios puede dar cobijo a verdaderos derechos subjetivos, directamente vinculantes y reclamables ante los tribunales de justicia. Sin duda, esta doctrina del Tribunal Constitucional tiene aún que ser perfilada. No parece, en efecto, que hayamos oído aún la última palabra del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, incluido el que se reconoce en el art. 19 EAAnd, un derecho de contenido en buena medida prestacional. A falta de mayor concreción, podemos afirmar que, como poco, el art. 19 EAAnd integra en el bloque de la constitucionalidad un mandato al legislador autonómico de atender a las personas mayores y de promover su autonomía personal, su envejecimiento activo, su dignidad y bienestar; como mucho, reconoce a estas personas el derecho a reclamar dicha atención de los poderes públicos andaluces, siempre, claro está, en la medida en que dicha atención pueda efectivamente ser directamente reclamable (v. STC 254/1993, FJ 6.º).

8 En línea con la Ley 39/2006, el art. 19 EAAnd se aproxima a la situación de las personas mayores desde una perspectiva integral, abordándola en los ámbitos sanitario, social y asistencial. Y se aproxima a la situación de las personas mayores en positivo, enfatizando la promoción de su autonomía y del envejecimiento activo, de su dignidad, independencia y bienestar. En efecto, el art. 19 EAAnd no contiene referencia expresa a la dependencia de las personas mayores. Antes bien, la situación de éstas se contempla desde la perspectiva, no de la necesidad de hacer frente a su dependencia, sino desde la de potenciar su autonomía. De este modo, el art. 19 EAAnd se distancia de las connotaciones patológicas de la terminología de la dependencia para encarar el proceso de envejecimiento desde el prisma de la normalidad. La perspectiva que asume, y desde la que afronta las necesidades de tutela e integración de las personas mayores, es la de que el envejecimiento y la pérdida de autonomía que conlleva no es un proceso

<sup>2</sup> Sobre el carácter social de la práctica totalidad de los derechos estatutarios, MEDINA GUERRERO, M., 2008, págs. 2-3.

patológico, sino un estadio que debe asumirse e integrarse como parte de nuestro recorrido vital. Es más, consciente de la centralidad de la noción de autonomía en la construcción de la ciudadanía dentro del Estado (RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2010, pág. 91 y ss), el art. 19 EAAnd enfatiza la necesidad de promover dicha autonomía, asumiendo que su pérdida progresiva es un fenómeno natural en el que se ve inmerso un sector poblacional cada vez más amplio. De este modo, en el contexto al menos de la tercera edad, el Estatuto desmitifica la autonomía como atributo natural de las personas, y por ende como canon de lo normal, normalizando la necesidad de promoverla en determinados momentos vitales, para mantener la capacidad de participación ciudadana.

El art. 19 EAAnd se desvincula en este punto de la Ley 39/2006. Pues si bien es cierto que el objetivo expreso de esta ley es la promoción de la autonomía personal de las personas dependientes, la situación de éstas se encara fundamentalmente desde la perspectiva de la atención a la dependencia, concebida en el imaginario de la ley como una patología, no desde la de la preservación de la autonomía y de la prevención situaciones de dependencia. Lo cual conecta con otro rasgo destacado del art. 19 EAAnd, y que también lo distancia de la Ley 39/2007. Y es que, a diferencia de ésta, el art. 19 EAAnd no se limita a contemplar la situación en que se encuentran las personas mayores desde una perspectiva individual, como un problema que afecta a individuos concretos y aislados. Antes bien, la referencia a la promoción del bienestar individual pero también social de las personas mayores indica una toma de conciencia de lo que se ha denominado «la dimensión social de la dependencia» (ARNÁU RIPOLLÉS, S., Y GIL GARCÍA, E., 2007), entendiéndose por tal el papel que la insuficiencia de recursos humanos, técnicos, sanitarios o económicos juega en la pérdida de autonomía de algunas personas. Ciertamente, la Ley 39/2006 prevé ayudas económicas destinadas a facilitar la autonomía personal desde una perspectiva tanto preventiva como social, mediante recursos técnicos, adaptaciones en el hogar o la eliminación de barreras arquitectónicas. Lo hace, sin embargo, considerándolas un posible objeto de subvención por parte de la Administración General del Estado y las administraciones autonómicas, «de conformidad con sus disponibilidades presupuestarias» (DA 3.ª). La aportación del art. 19 EAAnd consiste en adoptar una perspectiva social y, desde ella, convertir la promoción de la autonomía de las personas mayores en una obligación estatutaria para los poderes públicos andaluces.

### C. PREVENIR Y «DESPATOLOGIZAR» LA DEPENDENCIA, ENRIQUECER LA CIUDADANÍA

La promoción de la autonomía de las personas mayores y la normalización del proceso de envejecimiento ocupa, así, un lugar central en el art. 19 EAAnd. Tanto es así, que las situaciones de dependencia en que estas personas pueden acabar encontrándose, en el sentido –ya sí– plenamente asumido por la Ley 39/2006, pueden encuadrarse mejor en el art. 24 EAAnd, en el que se recoge la obligación de los poderes públicos de atender a todas formas de dependencia. A su comentario nos remitimos (v. art. 24 *infra*). Y, si bien el art. 24 EAAnd permite también una lectura que lo conecta con la prevención de la dependencia y la promoción de la autonomía desde una perspectiva social, una y otra son protagonistas indiscutibles del art. 19 EAAnd, de la visión, pues, que nuestro Estatuto tiene de la tercera edad y de las obligaciones de los poderes públicos para con las personas mayores.

- 11 Lo anterior supone un avance notable en materia de derechos sociales y de ciudadanía. Supone tomar conciencia de la conexión entre los derechos prestacionales y el ejercicio de la ciudadanía. Supone asimismo romper con el mito del ciudadano independiente (RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2010, pág. 91 y ss), asumiendo que la ciudadanía está integrada por personas que no necesariamente encajan en los parámetros de ese mito, personas cuya capacidad de participar en la vida pública requiere el apoyo de los poderes públicos, y que no podemos contemplar como la excepción patológica a la normalidad, definida en términos de independencia, sino como parte de una normalidad ciudadana más compleja. El art. 19 EAAAnd supone, en definitiva, un avance hacia la desmitificación de la independencia y hacia un modelo de ciudadanía que asuma la normalidad y la dimensión social de las situaciones de dependencia en toda su versatilidad.

**Artículo 20. Testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte**

*1. Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley.*

*2. Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20909])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21059]).

***Artículo 20. Muerte digna***

*1. Se garantiza a todos el derecho a morir dignamente.*

*2. Se reconoce el derecho a inscribir en un registro la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23650]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23902]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24258]).

***Artículo 20. Muerte digna***

*1. Se garantiza a todas las personas el derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte.*

*2. Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 6]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 202]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 254]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 94]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 20); Aragón (art. 14.4); Baleares (art. 25.4); Castilla y León (art. 13.2).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.
- Ley 2/2010 de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.



## E. JURISPRUDENCIA

STC 53/1985, FJ 5.º  
STC 120/1990, FJ 7.º  
STC 31/2010, FJ 19.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (Eds.): *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

FERRERES COMELLAS, Víctor: «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en FERRERES, V., BIGLINO, P., y CARRILLO, M.: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 9-38.

MARTÍNEZ SAMPERE, Eva: «El derecho a una vida digna hasta el final; suicidio y eutanasia», en RUIZ DE LA CUESTA., A. (Ed.): *Bioética y Derechos Humanos*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2000, págs. 315-328

MOLERO MARTÍN-SALAS, María: «La terminación de la vida y los tratamientos médicos tras las últimas reformas estatutarias», en VERA SANTOS, J. M.<sup>a</sup>, y DÍAZ REVORIO, F. J., (Eds.): *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 257-82.

REY MARTÍNEZ, Fernando: *Eutanasia y Derechos Fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22 (2008), págs. 315-335.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: «La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales», en VV.AA.: *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2003, págs. 55-73.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA MUERTE DIGNA. C. EL DERECHO A RECIBIR UN ADECUADO TRATAMIENTO DEL DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS INTEGRALES. D. EL DERECHO A LA PLENA DIGNIDAD EN EL PROCESO DE LA MUERTE. E. EL DERECHO AL TESTAMENTO VITAL.

### A. INTRODUCCIÓN

El art. 20 EAAAnd establece dos derechos estatutarios estrechamente relacionados pero distintos. Así lo da a entender la rúbrica de la disposición y su propia estructura, que la subdivide en dos apartados: el apartado primero regula el derecho a declarar la voluntad vital anticipada, que en el encabezamiento del artículo adopta la denominación, menos precisa aunque más habitual, de «testamento vital»; y el apartado segundo, por su parte, establece el derecho de todos a la dignidad en el proceso de la

muerte, algunas de cuyas prestaciones (el tratamiento del dolor y los cuidados paliativos) se recogen expresamente. Se trata de derechos que, además, han sido objeto de un desarrollo legislativo diferenciado: el primero, mediante la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de Voluntad Vital Anticipada (LVVA), aunque en este caso el término «desarrollo» sólo puede aplicársele de manera impropia, ya que esa ley es anterior al Estatuto; y el segundo mediante la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, algunas de cuyas disposiciones reforman (ahora sí, como desarrollo del art. 20 EAAAnd) la Ley 5/2003. La Ley 2/2010 es también conocida como ley de «muerte digna», una expresión que, presente en la proposición de reforma estatutaria aprobada por el Parlamento de Andalucía (era la que daba su rúbrica al art. 20 EAAAnd), desapareció del Estatuto tras su enmienda por las Cortes Generales. Pese a ello, la citaremos en adelante con la sigla LMD, sin duda más significativa que la difícilmente comprensible de LDGDPPM.

- 2 Como todos los derechos estatutarios, los del art. 20 EAAAnd plantean una serie de cuestiones relacionadas con su régimen jurídico (titularidad, alcance e interpretación) y con sus mecanismos de protección (vinculación a los poderes públicos, tutela jurisdiccional y por el Defensor del Pueblo Andaluz), que han sido reguladas con alcance general por el Estatuto en los capítulos primero («disposiciones generales») y cuarto («garantías») del Título I, y que, por lo tanto, no serán tratadas aquí (véase los comentarios a los arts. 12, 13, 38, 39 y 41).
- 3 Cabe recordar, tan sólo, que la regulación de estos derechos debe hacerse mediante una norma autonómica que adopte el rango y la forma de ley (art. 38 EAAAnd), y que, además, pueda basarse en un adecuado título competencial autonómico, pues la existencia de un derecho estatuario no supone una alteración del sistema de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 13 EAAAnd). Es decir, la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, CAA) sólo podrá aprobar una ley de desarrollo de un derecho estatuario cuando cuente con un título competencial idóneo para regular el ámbito material en el que ese derecho se ejerce. En el caso que nos ocupa, ese título competencial no es otro que el de sanidad interior que contempla el art. 55.2 EAAAnd. Se trata, según establece el propio Estatuto, de una competencia compartida, puesto que la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «[b]ases y coordinación general de la sanidad» (art 149.1.16.<sup>a</sup> CE). En el ejercicio de su competencia de normación básica, y en el ejercicio de otras competencias como la de «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos [...] constitucionales» (art 149.1.1.<sup>a</sup> CE), el Estado podrá incidir, siempre con ese carácter y sin impedir que las comunidades autónomas desarrollen sus propias políticas, en algunas de las materias que a su vez regule la normativa de desarrollo andaluza.
- 4 Las normas básicas estatales en materia de sanidad se encuentran fundamentalmente en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y, regulando aspectos que inciden directamente en los derechos estatutarios que comentamos, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha ejercido sus competencias de desarrollo autonómico de esa normación estatal básica mediante la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, y las ya mencionadas LVVA 5/2003 y LMD 2/2010. Además, las materias sobre las que se proyectan los derechos estatutarios del

art. 20 EAAnd han sido objeto de regulación en diversos tratados internacionales, entre los que cobra una especial relevancia el Convenio del Consejo de Europa de 4 de abril de 1997 para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, citado en adelante como «Convenio de Oviedo».

En los epígrafes que siguen comentaremos por separado el derecho al testamento vital, el derecho a la plena dignidad en el proceso de muerte y las específicas prestaciones del mismo que contempla el Estatuto, el adecuado tratamiento del dolor y los cuidados paliativos integrales. Lo haremos alterando el orden en el que figuran en el art. 20 EAAnd, pues, como se verá, el primero de ellos debe entenderse como un derecho instrumental al servicio del segundo, por lo que tiene más sentido estudiar antes este último. Ése era el orden, por otra parte, en el que ambos figuraban en la proposición de reforma elevada a las Cortes Generales, que, al tiempo que modificaban su redacción, colocaron el derecho a morir con dignidad en el segundo apartado de la disposición estatutaria, trasladándolo del primero, donde lo había situado el Parlamento de Andalucía.

## B. LA MUERTE DIGNA

La expresión «muerte digna» no se encuentra en el Estatuto, que prefiere el circunloquio de «dignidad en el proceso de la muerte» para establecer el derecho del apartado segundo del art. 20 EAAnd. El cambio de una expresión por otra tuvo varias etapas: la proposición de reforma estatutaria garantizaba, en una disposición titulada «muerte digna», el «derecho a morir dignamente»; en el texto aprobado finalmente por el Parlamento, esa expresión se sustituyó por la de «vivir dignamente el proceso de su muerte», siguiendo una recomendación del Consejo Consultivo, según el cual (Dictamen 72/2006, FJ IV) convenía aclarar las prestaciones públicas que se pretendían garantizar y despejar los problemas de relevancia constitucional o penal que, en este punto, podía suscitar la proposición de reforma (para ello, se recomendaba adoptar una expresión prácticamente idéntica a la que ya figuraba en el art 20.1 del Estatuto reformado de Cataluña). No obstante, la expresión «muerte digna» siguió presente en la rúbrica del artículo. Fueron las Cortes Generales las que, como se ha dicho, al tiempo que le daban al artículo la redacción con la que finalmente entraría en vigor, la eliminaron definitivamente.

Todo ello se debió, sin duda, al intento de evitar que el derecho que debía establecer el Estatuto se interpretara como una específica modalidad de un pretendido «derecho a la muerte» cuya existencia ha sido negada por el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal, frente a los que alegaban que éste era uno de los contenidos (el de renunciar a ella) del derecho a la vida que establece el art. 15 CE, aclaró en la STC 120/1990 (y en la prácticamente idéntica 137/1990) que «no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte», ya que el derecho a la vida tiene en la Constitución «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte» (FJ 7.º). El postulado de la «protección positiva» de la vida encuentra sus raíces en el pronunciamiento anterior del TC sobre la primera ley que despenalizaba tras la CE la interrupción voluntaria del embarazo, en donde había establecido que la vida humana, incluso la vida

humana en gestación, es, además del objeto del derecho fundamental del art. 15 CE, y con independencia de ello, un bien constitucionalmente protegido en sí mismo (STC 53/1985, FJ 5.º), aunque no de manera absoluta..

- 8 No obstante, la propia STC 120/1990 matizó que, no siendo un derecho (ni mucho menos un derecho fundamental), el acto de poner fin a la vida propia puede considerarse como una manifestación genérica del *agere licere* o libre albedrío de cada cual, como tal amparado por la libertad que consagra la Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). La consecuencia de esa matización es que la decisión de terminar con la propia vida es un acto que, como manifestación de la libre voluntad del individuo, la ley no prohíbe, si bien, al no ser un derecho del que lo lleva a cabo, no puede esgrimirse para que los poderes públicos dejen de cumplir las obligaciones que el propio ordenamiento puede imponerles (STC 120/1990, FJ 7.º). Esas obligaciones pueden llegar incluso, en determinados casos, a exigirles proteger la vida de quien no quiere seguir con ella, aunque esa protección deberá ser siempre respetuosa de otros derechos fundamentales que pudieran verse implicados, algunos constitucionalizados por el propio art. 15 CE, como el derecho a la integridad física y moral y el derecho a no sufrir tortura o tratos o penas inhumanas o degradantes.
- 9 Las características de los casos que dieron lugar a las SSTC 120/1990 y 137/1990 eximieron al TC de profundizar en las consecuencias de la distinción entre la libre voluntad del que decide morir y su inexistente derecho a hacerlo, pues no era necesario para resolverlos: los recurrentes no estaban ejerciendo ese hipotético derecho, pues sólo pretendían resistirse a los actos del poder público que les impedían ejercer una conducta (una huelga de hambre) que ciertamente ponía en grave riesgo su vida, pero cuya finalidad no era acabar con ella (pues cesarían la huelga en cuanto se cumplieran sus exigencias). Además, se encontraban en una situación de sujeción especial (eran reclusos de un centro penitenciario) que condicionaba tanto su propia libertad de actuación como, sobre todo, las obligaciones con respecto a ellos de la administración.
- 10 En todo caso, aunque la prevención del estatuyente andaluz contra el establecimiento de un derecho a la muerte digna mediante una cuidadosa (y un tanto eufemística) elección de los términos pueda contribuir a pacificar socialmente esa cuestión, es en buena medida jurídicamente innecesaria: tanto la «muerte digna» como la «dignidad en el proceso de la muerte» se refieren a la misma idea, en la que el objeto del derecho no es el acto de morir, sino que el moribundo conserve su dignidad (la dignidad de la persona es el «fundamento del orden político y de la paz social», según el art. 10.1 CE) en el inevitable trance del fin de la vida. Se denomine como se denomine, no se trata, en ningún caso, del derecho a morir en el momento que uno elija, sino del derecho a no perder la propia dignidad cuando ese momento llega, se encuentra próximo o es irreversible. En este sentido puede interpretarse la afirmación de la STC 31/2010 de que «vivir con dignidad en el proceso de la muerte no es sino una manifestación del derecho a la vida digna [...], sin que necesariamente se implique con ello el derecho a la muerte asistida o a la eutanasia» (FJ 19.º). La Exposición de Motivos de la propia LMD también recoge con claridad esa idea: «la muerte también forma parte de la vida. Morir constituye el acto final de la biografía personal de cada ser humano y no puede ser separada de aquella como algo distinto. Por tanto, el imperativo de la vida digna alcanza también a la muerte. Una vida digna requiere una muerte digna».

En la práctica, sin embargo, no es siempre fácil salvaguardar el derecho de una persona a conservar la propia dignidad cuando está en el proceso de su muerte sin atribuirle la facultad de morir cuando desee. Los casos más problemáticos son aquéllos en los cuales las medidas clínicas que pueden tomarse para mantener la dignidad del paciente suponen acelerar el momento de la muerte o retirarle tratamientos e intervenciones gracias a los cuales se consigue prolongar, incluso por mucho tiempo, su vida, en unas condiciones cuya relación con la dignidad es imposible de dilucidar desde un punto de vista objetivo. 11

Ante estas dificultades, se ha optado por parte de la doctrina, e incluso en la práctica –minoritaria– de algunos Estados, por defender un derecho, condicionado sólo a la presencia de determinadas circunstancias o requisitos, a elegir el momento de la propia muerte, concebido como un «derecho a la vida digna hasta el final» (MARTÍNEZ SAMPERE, E., 2000). La mayoría, sin embargo, ha preferido explorar la vía del derecho al mantenimiento de la dignidad adentrándose en la definición de las condiciones en las cuales mantener con vida a una persona supone administrarle tratamientos o intervenciones que suponen un menoscabo de su dignidad como persona y, por lo tanto, la vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y moral o el de no ser sometido a tratos degradantes del art. 15 CE, en ocasiones con el argumento de que la opción por la disponibilidad de la propia vida, no estando prohibida por la Constitución, exigiría en todo caso una intervención del legislador (ver TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., 2003, pág. 71 y ss, y una discusión sobre las diferentes alternativas en REY MARTÍNEZ, F., 2008, pág. 147 y ss). Por otra parte, desde el punto de vista penal, la doctrina se ha esforzado en resolver el problema de la necesidad, en la mayoría de los casos, de un agente externo que colabore con el sujeto que desea dejar de recibir un trato que considera indigno, poniendo el acento en la relación causal sólo indirecta que existe entre esa colaboración y el resultado de la muerte cuando esos actos consisten en la retirada de intervenciones o tratamientos sin cuyo concurso la vida no puede mantenerse, o, con un planteamiento más favorable a la posibilidad de disponer de la propia vida, cuando media una petición cierta de una persona capaz en situaciones de enfermedad terminal o sufrimiento [véanse las distintas aportaciones en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y MUÑOZ SÁNCHEZ, J., (Eds.) 1996]. 12

En todo caso, y quedando claro que el objeto del derecho estatutariamente garantizado es la dignidad del moribundo, y que ése es el sentido constitucionalmente correcto que cabe dar a la expresión «derecho a una muerte digna», lo cierto es que el Estatuto la garantiza mediante dos tipos de prestaciones que no sólo pueden diferenciarse claramente entre sí sino que plantean problemas jurídicos de distinta envergadura: el derecho a «recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales», por una parte, y, por otra, el derecho «a la plena dignidad en el proceso de su muerte». 13

### C. EL DERECHO A RECIBIR UN ADECUADO TRATAMIENTO DEL DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS INTEGRALES

El derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales no sólo se establece en el art. 20.2 EAAnd. El Estatuto también menciona «el acceso a cuidados paliativos» en el art. 22.2 i) EAAnd. Aunque se trata, en ambos 14

casos, de sendos derechos estatutarios, debe tenerse en cuenta que en esta última disposición se establecen los derechos de los usuarios y pacientes del sistema andaluz de salud, mientras que del derecho que declara el art. 20.2 EAAAnd no sólo son titulares «todas las personas» (sobre los problemas de titularidad de los derechos estatutarios, v. el comentario al art. 12), sino que puede ejercerse, puesto que así lo permite su naturaleza, frente a los particulares (sobre los sujetos pasivos de los derechos estatutarios, véase el comentario al art. 38). Debe, pues, entenderse que el derecho al tratamiento del dolor y a los cuidados paliativos integrales establecido por el art. 20.2 EAAAnd no se circunscribe a los usuarios del sistema andaluz de salud, sino que es un derecho de titularidad universal que, además, se ejerce en todos los establecimientos sanitarios de la CAA con independencia de su naturaleza pública o privada (en este sentido se recoge por el art. 3 LMD).

- 15 Según se desprende de las disposiciones legales que regulan estas prestaciones (arts. 12-14 LMD), el adecuado tratamiento del dolor consiste en «la atención idónea que prevenga y alivie el dolor». Esa atención puede incluir la sedación si el dolor es «refractario al tratamiento específico», es decir, si, de acuerdo con la definición que da la propia ley, precisa, para ser controlado, reducir la conciencia del paciente. Por su parte, los cuidados paliativos se identifican como los que se dirigen, además de a tratar otros síntomas, a la «prevención y el alivio del sufrimiento». La diferencia entre el tratamiento del dolor y los cuidados paliativos no se encuentra pues en el objeto del tratamiento, prácticamente el mismo, sino en la situación clínica de su titular: todos los pacientes tienen derecho a lo primero, pero sólo los pacientes en situación terminal tienen derecho al segundo. Dicho de otro modo: no es necesario padecer una enfermedad terminal para tener derecho al adecuado tratamiento del dolor, pero sí a lo que la LMD regula como cuidados paliativos. Además, el carácter diferenciado del derecho de acceso a estos últimos, asociado a ese tipo de situaciones clínicas, y debido a que, por mandato estatutario, los cuidados paliativos han de ser «integrales», ha hecho que el legislador les asocie una serie de prestaciones específicas: deberán dirigirse a la mejora de la calidad de vida del paciente pero también de sus familias, a la prevención y tratamiento, además del dolor, de otros síntomas físicos o psíquicos, podrán recibirse en el propio domicilio, e incluirán, cuando así se precise, la sedación paliativa, es decir, la reducción de la conciencia del paciente terminal en situación de agonía.
- 16 Como es notorio, las mayores diferencias no se dan entre el derecho al tratamiento del dolor y el derecho al acceso a los cuidados paliativos, sino entre estos dos y el derecho a la plena dignidad en el proceso de la muerte. Este último no sólo puede definirse como un derecho más amplio que los anteriores, pues engloba toda una compleja serie de prácticas clínicas y asistenciales, sino que, además, la delimitación de su contenido no reúne el consenso social y doctrinal que está presente en los dos primeros. El tratamiento del dolor y el acceso a los cuidados paliativos no sólo son en la actualidad unánimemente vistos como derechos del paciente, sino que los protocolos profesionales para su correcta administración gozan de una pacífica estandarización según la *lex artis* médico-sanitaria. El acuerdo con respecto a lo que deba entenderse por «dignidad en el proceso de la muerte» no llega a niveles tan altos de generalización.
- 17 Conviene precisar que la mención expresa del Estatuto del tratamiento del dolor y el acceso a los cuidados paliativos como prestaciones diferenciadas no supone considerarlos ajenos a la dignidad del paciente, ni en concreto, en el caso del segundo, a

la dignidad del paciente moribundo. Ambos, por el contrario, deben considerarse incluidos, por su directa relación con la dignidad humana cuya salvaguardia constituye también su fundamento, en el derecho complejo a la plena dignidad en el proceso de muerte que comentaremos a continuación. La causa de que el tratamiento del dolor y el acceso a los cuidados paliativos hayan recibido en el Estatuto una mención específica reside en que se trata de prestaciones asociadas a la dignidad de los pacientes que, precisamente por el consenso social del que gozan, pueden incluirse *expressis verbis* en el catálogo de las que serán, en todo caso, indisponibles para el legislador que desarrolle este derecho. Lo mismo ocurre con algunas de las demás prácticas igualmente asociadas a la dignidad del paciente que también son indisponibles para el legislador, al haberse mencionado por su propio nombre en otras disposiciones estatutarias. Pero, en todo lo demás (siempre que, claro está, no se contradiga la Constitución, los tratados internacionales o la legislación básica estatal), el legislador andaluz no se encuentra estatutariamente condicionado para regular en qué consiste la dignidad en el proceso de la muerte.

#### D. EL DERECHO A LA PLENA DIGNIDAD EN EL PROCESO DE LA MUERTE

El legislador andaluz de la LMD ha interpretado que la plena dignidad en el proceso de su muerte a la que tienen derecho todas las personas en el ámbito de la CAA parte, como presupuesto fundamental, del respeto a su voluntad. La «clave de bóveda» de toda la construcción legal es la necesidad de prestar el propio consentimiento para recibir un tratamiento o una intervención médica (la expresión la emplea el Consejo Consultivo, tanto en el Dictamen 236/2009, FJ 1.º, sobre el anteproyecto de LMD, como, antes, en el Dictamen 90/2007, sobre el conocido como *caso Echevarría*, FJ IV). Ello es consecuencia de la relación que la ley establece entre la pérdida de la dignidad y la imposibilidad de conservar una determinada calidad de vida, y del entendimiento de ésta como el mantenimiento de las condiciones que permiten satisfacer los propios valores vitales; éstos se definen a su vez por el legislador como el conjunto de valores y creencias individuales que dan sentido a la vida de una persona y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte. Es el respeto a la voluntad libremente expresada con base en esos valores y creencias individuales lo que define la dignidad de la persona en el trance de morir.

La relación entre la dignidad ante la muerte y el respeto a la libre voluntad no es sino la consecuencia de trasladar al proceso de la muerte los derechos reconocidos con carácter general en el propio Estatuto para los usuarios del sistema andaluz de salud a «ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico» [art. 22.1 d) EAAAnd] y al respeto a «su personalidad, dignidad humana e intimidad» [art. 22.1 e) EAAAnd]. Estos derechos son, a su vez, consecuencia de la exigencia de un consentimiento libre e informado antes de recibir un tratamiento o sufrir una intervención que establecen tanto los tratados internacionales (Convenio de Oviedo) como la normativa básica estatal (Ley 41/2002).

La LMD regula tanto los mecanismos tendentes a asegurar la libre declaración de voluntad del paciente en relación con el proceso de su muerte como el posible contenido de ésta, las obligaciones al respecto de los profesionales y las instituciones sanitarias y

el régimen sancionador en caso de incumplimiento. Se establecen también otros derechos de carácter asistencial, no relacionados directamente con el tratamiento médico-sanitario, igualmente dirigidos a la preservación de la dignidad de las personas en el trance de morir, como el respeto a su intimidad, la confidencialidad de los datos relacionados con su situación, el derecho al acompañamiento familiar, al internamiento en una habitación individual o al auxilio espiritual que puedan solicitar.

- 21 La primera medida contemplada por la ley para garantizar la posibilidad de una libre decisión por parte del paciente es establecer su derecho a la información asistencial, es decir, a ser informado, con antelación a su puesta en práctica, de los tratamientos o intervenciones que se le proponen para su situación, y a las consecuencias que puede tener su rechazo. El legislador ha regulado también cómo asegurar la declaración de voluntad cuando el propio paciente no pueda hacerlo por sí mismo, previendo que pueda hacerse mediante representación, con carácter anticipado mediante la declaración de voluntad vital que se estudia más adelante (en la que puede incluirse también la designación de un representante), por los familiares o por decisión judicial, o estableciendo las condiciones en las que pueden hacerlo los menores de edad. Se regulan igualmente medidas para asegurar la constancia de la declaración de voluntad, exigiendo su inclusión en la historia clínica del paciente y, en determinados casos, la forma escrita.
- 22 Determinadas decisiones del paciente relacionadas con el proceso de muerte tienen un contenido obligatorio, pues la ley exige expresamente que las intervenciones médicas en ese ámbito cuenten con su consentimiento previo. Éste es, pues, indispensable para practicarlas, si bien puede llevarse a cabo mediante representante, incluso en los casos en los que el paciente esté en condiciones de manifestarse pero haya preferido no ser informado. De manera un tanto contradictoria, sin embargo, a la ley no le basta con la falta de ese consentimiento previo para que determinadas intervenciones médicas no se lleven a cabo: aquéllas que, de no practicarse, pondrían en peligro la vida del paciente sólo podrán rechazarse mediante una negativa expresa formulada por escrito. El derecho a ese rechazo es, sin duda, el aspecto más polémico de la ley.
- 23 Al regular el derecho al rechazo y a la retirada de una intervención, la ley establece expresamente que puede ejercerse «incluso cuando de ese modo se pone en peligro la vida» (art. 8.1 LMD), y que el rechazo puede también producirse, bajo la forma de revocación del consentimiento emitido previamente, una vez que la intervención médica se ha iniciado, lo que implicará necesariamente su interrupción, «aunque con ello se pueda poner en peligro sus vidas» (art. 8.2 LMD). Las únicas excepciones que se contemplan, remitiendo a la Ley 2/1988, de Salud de Andalucía (reformada por la propia LMD en este punto), se refieren a la imposibilidad de que pueda conocerse la voluntad del paciente, bien por él mismo o mediante los otros medios ya descritos, y exista un riesgo «inmediato [y] grave» para su integridad; o cuando sea la salud pública la que, por algunas de las razones sanitarias legalmente previstas, pueda ponerse en riesgo si la intervención no se produce, dando cuenta inmediata a la autoridad judicial. Queda, pues, claro, que la ley no pretende en ningún caso proteger contra su voluntad la vida del paciente, y que permite las intervenciones urgentes para salvarla sólo cuando esa voluntad no pueda conocerse o cuando sea la salud pública la que podría ponerse en riesgo con su rechazo.



La LMD regula también las obligaciones del personal y de los centros sanitarios con respecto al derecho a la dignidad en el proceso de muerte. Aunque se aborda el régimen disciplinario y sancionador que es de aplicación en caso de incumplimiento de las mismas, la preocupación del legislador a este respecto no ha sido sólo la de asegurar que profesionales y centros no lesionaran los derechos de los pacientes, sino dotarles de la seguridad jurídica necesaria para tomar sus propias decisiones, regulando los procedimientos que deben aplicarse en cada caso y estableciendo como órgano de asesoramiento de los mismos los Comités de Ética Asistencial. Además de los relacionados con el derecho a la información de los pacientes, incluyendo los que se hallen en una situación de incapacidad de hecho, que no presentan una especial problemática desde el punto de vista estatutario o constitucional, y con la declaración de voluntad anticipada que se estudia en el siguiente epígrafe, la ley regula los deberes de los profesionales sanitarios con respecto a la toma de decisiones clínicas (art. 18 LMD) y con respecto a la limitación del esfuerzo terapéutico (art. 21 LMD). El resultado del cumplimiento de estos deberes puede conducir a la muerte del paciente en situación terminal, y son por ello los que generan una problemática jurídica mayor. 24

Debe distinguirse entre el deber de limitar el esfuerzo terapéutico y el deber de respetar la decisión del paciente. La propia ley [(arts. 5 f) e i) LMD] establece que son susceptibles de limitación terapéutica las medidas de soporte vital cuya utilidad resida sólo en «prolongar en el tiempo una situación clínica carente de expectativas razonables de mejora»; en ese mismo sentido, define la obstinación terapéutica como aplicar o mantener ese tipo de medidas, carentes de utilidad clínica y encaminadas únicamente a prolongar la vida biológica, a pacientes en situación terminal o de agonía y afectados de una enfermedad grave e irreversible. Evitar esa obstinación es (art. 21 LMD) uno de los deberes del médico responsable de cada paciente. Por otra parte, la ley (art. 18 LMD) establece, como una obligación de todos los profesionales sanitarios, «respetar los valores, creencias y preferencias [de los pacientes] en la toma de decisiones clínicas», precisando que deben abstenerse de imponer sus propias convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas. 25

Puede, pues, afirmarse que la limitación del esfuerzo terapéutico es una obligación que se deriva del ejercicio de una buena práctica clínica, que deberá llevarse a cabo, según especifica la propia ley, «cuando la situación clínica lo aconseje». De la regulación legal de esa obligación, y de los procedimientos que se establecen para llevarla a cabo, se deduce que la ley lo concibe como el resultado de un juicio clínico, es decir, como una decisión que compete en exclusiva a los profesionales. No se trata, pues, directamente, de un derecho del paciente, sino, antes, de una obligación del médico, sometida a un preciso procedimiento clínico de evaluación en el que pueden verse implicados diversos profesionales. Por el contrario, la decisión del paciente es una consecuencia de su propio sistema de valores, para cuya emisión el profesional sanitario debe contribuir con la adecuada información, pero ante la cual no cabe erigir el propio juicio, tampoco el que pudiera estar basado en criterios exclusivamente clínicos. Tal como están legalmente configuradas, la obligación de limitar el esfuerzo terapéutico y la de respetar los valores, creencias y preferencias del paciente pueden entrar en conflicto sólo cuando éstas impliquen la obstinación terapéutica que el médico está obligado a evitar; en esos casos, debe prevalecer el juicio clínico sobre la inutilidad de las medidas de soporte vital. 26

- 27 Ya se ha aclarado que, desde un punto de vista constitucional, el derecho a rechazar un tratamiento o una intervención sin los cuales la propia vida se pone en peligro, y la consecuente obligación de los profesionales sanitarios de respetar esa decisión, no puede considerarse una manifestación de un inexistente derecho a la muerte que no forma parte, según el TC, del derecho a la vida que establece el art. 15 CE. Pero también se ha apuntado que para encontrar su fundamento constitucional no es necesario indagar fuera de esta disposición constitucional: el propio art. 15 CE consagra, junto con el derecho a la vida, el derecho a la «integridad física y moral» y el derecho a no ser sometido a «tratos inhumanos o degradantes». Son estos otros dos derechos fundamentales los que dan fundamento constitucional al rechazo de un tratamiento o una intervención médica, incluso cuando ello pone en peligro la propia vida: se trata de evitar que, para preservar ésta, se someta al paciente a un trato que vulnera su integridad y que pueda merecer el calificativo de degradante, es decir, atentatorio contra la propia dignidad. Es la obligación de respetar estos derechos fundamentales del paciente en trance de morir la que se traslada a los profesionales sanitarios que le atienden.
- 28 Lo decisivo no es, pues, el grado en el cual el rechazo de un tratamiento o una intervención médica puede producir un «riesgo» o poner «en peligro» la vida del paciente, debiendo considerarse irrelevante incluso en el caso de que conduzca hacia ella de manera cierta e inminente. Tampoco la posibilidad médica de que, gracias al tratamiento o intervención que se rechaza, se pueda mantener al paciente con vida durante un período más o menos prolongado (que puede ser incluso de años). Lo decisivo es que la situación del paciente al que se le aplica ese tratamiento pueda considerarse, según sus propias creencias, indigna. Es el derecho a no sufrir ese tipo de trato el que se ejerce al rechazar un tratamiento o una intervención incluso cuando ello conduce a la propia muerte.

#### E. EL DERECHO AL TESTAMENTO VITAL

- 29 El testamento vital al que alude la rúbrica del art. 20 EAAnd se traduce, en el apartado primero de esta disposición, en el derecho a «declarar la voluntad vital anticipada», de la que se dice, además, que «deberá respetarse, en los términos que establezca la ley». La regulación autonómica de la voluntad vital anticipada (VVA) se encuentra fundamentalmente, como se dijo, en la LVVA 5/2003, si bien tanto la LMD 2/2010, como la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, regulan también algunos de sus aspectos.
- 30 Como quedó dicho en la introducción a este comentario, el testamento vital tiene con respecto a la muerte digna un carácter instrumental. Se trata de un mecanismo para asegurar que también a los pacientes que hayan perdido la consciencia o no puedan manifestarse por sí mismos se les respetará el derecho a decidir sobre los tratamientos e intervenciones de los que puede ser objeto en el proceso de su muerte. Este carácter condiciona, necesariamente, la interpretación que debe hacerse de las disposiciones legales que regulan sus principales aspectos: el contenido de la voluntad vital anticipada que se tiene derecho a declarar, las condiciones en las que se ejerce el derecho a esa declaración y los términos en los cuales el legislador deberá regular su respeto.

La voluntad vital anticipada (VVA) se define en la ley como una manifestación en la que constan «las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria [...] en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales [el paciente] no pueda expresar personalmente su voluntad» (art. 2 LVVA). Se trata de una manifestación libre y consciente, escrita, hecha por persona capaz y para ser incorporada al correspondiente registro. Sobre su contenido, la ley precisa que en ella se podrá hacer constar la decisión respecto de la donación de órganos en el caso de que se produzca el fallecimiento, designar un representante para el otorgamiento, cuando así proceda, del consentimiento informado, las opciones e instrucciones que, ante circunstancias clínicas que impidan manifestar la voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de la asistencia y los valores vitales que sustenten las decisiones y preferencias del paciente. La ley regula también con detalle el modo de prestar la declaración, estableciendo las normas que deciden sobre la capacidad para hacerlo, los requisitos de carácter formal y el procedimiento de su verificación, la posibilidad de revocación, la creación del registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía y su coordinación con el correspondiente registro estatal. 31

Debido al carácter instrumental, ya señalado, que presenta la VVA con respecto del derecho a morir con dignidad, podemos establecer, como regla general, que todo lo que puede ser objeto de una declaración de voluntad para salvaguardar la dignidad en el proceso de muerte por parte del paciente que ha conservado la consciencia puede también serlo, anticipadamente, mediante la VVA. En virtud de este principio, no hay duda de que en la VVA puede manifestarse el rechazo a determinados tratamientos o intervenciones, en el mismo sentido que, según se ha visto, este derecho se contempla por la LMD. El desarrollo reglamentario de la LVVA (llevado a cabo mediante Decreto 238/2002) confirma esta idea, al prever en el modelo de declaración la posibilidad de que el declarante se pronuncie sobre si desea o no que se le apliquen medidas de soporte vital o reanimación encaminadas a prolongar su supervivencia o que no estén dirigidas específicamente a aliviar el dolor o el sufrimiento 32

Consideraciones similares, derivadas siempre del carácter instrumental de la VVA con respecto del derecho morir con dignidad, pueden hacerse sobre la obligación de respetarla, aunque, desde el estricto punto de vista gramatical, la redacción del art. 20.1 EAAnd no ayuda a despejar todas las dudas. A primera vista puede parecer que el Estatuto se ha remitido al legislador, no para regular en su conjunto la declaración de voluntad vital anticipada, sino sólo para que precise los términos en los cuales deberá ser respetada. Con este criterio, la expresa remisión a la ley en este punto la habilitaría para regular, con un mayor margen de apreciación, en qué consiste el «respeto» mencionado estatutariamente. Una conclusión en cierto sentido contraria, sin embargo, es la que se podría alcanzar si se tiene en cuenta, por una parte, que la remisión al legislador para que proceda a esa regulación es en cualquier caso innecesaria, pues ya se prevé con carácter general para todos los derechos estatutarios en el art. 38 EAAnd; y que, por otra, esa misma disposición establece expresamente que las leyes de desarrollo de los derechos estatutarios «respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto». Desde esta segunda perspectiva, la explícita mención estatutaria del «respeto» de la VVA al remitir al legislador para que lo regule tendría una justificación distinta: precisar uno de los elementos que, necesariamente, deberá contemplar la ley; más que una habilitación para regular con plena libertad cómo debe 33

respetarse la VVA, sería un recordatorio al legislador de que ese respeto debe estar en todo caso garantizado por la ley.

- 34 Sea como fuere, el derecho del paciente a que se respete la VVA tiene como necesaria contrapartida el nacimiento de una serie de obligaciones, principalmente de los profesionales sanitarios que le atienden, pero también de sus representantes o familiares. Con respecto a los profesionales, la LMD distingue entre tres tipos de deberes: el de informar a los pacientes del derecho a formular la VVA, el de consulta de la misma cuando el paciente se halle en situación de incapacidad de hecho y el específico de respeto de los valores e instrucciones declarados (art. 21 LMD). La LVVA, por su parte, con la denominación de «eficacia de la declaración», establece que la misma prevalecerá sobre la opinión de los familiares o el representante designado o de los profesionales que participen en su atención sanitaria (art. 7 LVVA). No obstante, la LMD ha dado expresamente una mayor capacidad al representante del paciente para la toma de decisiones en situaciones clínicas no contempladas explícitamente en la declaración, buscando siempre el mayor beneficio para su representado y ayudándose para ello de los valores vitales personales que se encuentren recogidos en la misma.
- 35 A pesar de las críticas que había suscitado en una parte de la doctrina, bien por considerarlo contrario a la Constitución (véase SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., 2008, pág. 332, MOLERO MARTÍN-SALAS, M., 2009, pág. 276), o por considerar que no existía el consenso social suficiente para su establecimiento (FERRERES COMELLAS, V., 2006, pág. 25), lo cierto es que la STC 31/2010, al pronunciarse sobre la reforma del Estatuto de Cataluña, no vio tacha de inconstitucionalidad en el art. 20 EAC, que establece, en términos prácticamente idénticos, los mismos derechos que el art. 20 EAAnd.
- 36 El TC, sin embargo, precisó que la obligación de respetar la VVA, presente en ambos Estatutos, afecta al derecho a la vida del art. 15 CE. Aunque en el mismo fundamento jurídico reconoció que el resto de los derechos estatutarios reconocidos en esa disposición eran igualmente manifestaciones de derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, sólo en el caso de esa obligación de respeto vio necesario precisar que el mismo debería ser regulado por leyes que «naturalmente han de ser las competentes para ese cometido en función de las materias concurrentes en el caso» (STC 31/2010, FJ 19°).
- 37 La obviedad de esta afirmación, que no hace sino sugerir que la constitucionalidad del «respeto» de la VVA dependerá de lo que al respecto establezca la ley, se completó en el razonamiento del TC con otra que, en contra de lo que parece también sugerir, no se sigue inmediatamente de la anterior: «[...] lo que de suyo remite a las dictadas por el Estado en ejercicio de distintas competencias (arts. 81.1 y 149.1.16.ª CE, entre otras)» (STC 31/2010, FJ 19.º). De hecho, el propio Tribunal reconoce expresamente que hay varias «materias concurrentes en el caso», lo que se corrobora con la cita expresa de una competencia estatal que, como ya se ha visto, es sólo de normación básica (la del art. 149.1.16.ª CE) y de otra (la del art. 81.1 CE) que, además de que sólo impropia puede calificarse de competencial, se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», no a la regulación de las condiciones de ejercicio de los mismos.

En definitiva, del razonamiento de la STC 31/2010, ciertamente escaso (casi un *obiter dictum*) en este punto, no debe deducirse que la situación de concurrencia competencial en la que se encuentran estas materias no habilita a las comunidades autónomas para que regulen, en sus respectivas normas de desarrollo, los términos del respeto a la VVA, como han hecho en el caso de Andalucía la LVVA y la LMD, que en todo caso remiten a su vez a la Ley 41/2000 como normativa básica estatal. Conviene precisar, además, que la Ley 41/2002 remite a su vez, en una referencia claramente circular, a las propias comunidades autónomas para la regulación «[d]el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas [ésa es la denominación de la VVA en esta ley] de cada persona» (art. 11.2). 38

El único criterio que, por ahora, ha adoptado el Estado en la Ley 41/2002 (art. 11.3) en relación con los límites del respeto de la VVA ha sido establecer que las instrucciones previas «no serán aplicadas» si no se corresponden con el supuesto de hecho previsto en las mismas o si son contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis* médica. Como se ha visto, estas tres previsiones se encuentran contempladas, con diversos niveles de concreción, por la normativa andaluza de desarrollo: la no aplicabilidad de la VVA en los supuestos que no se encuentren previstos, permitiendo la inclusión en la declaración de los valores vitales del paciente y la posibilidad de habilitar al representante para tomar decisiones con base en ellos; la contradicción con el ordenamiento jurídico, remitiendo a la legislación sanitaria para las situaciones de riesgo de la salud pública que harán irrechazable un tratamiento, y la incompatibilidad con la *lex artis*, regulando un procedimiento para establecer, mediante un juicio exclusivamente clínico, los casos en los que debe limitarse el esfuerzo terapéutico, que, en una interpretación que ahora corrobora la norma básica estatal, debe prevalecer incluso sobre la VVA declarada en sentido contrario. 39

**Artículo 21. Educación**

*1. Se garantiza, mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio.*

*2. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La enseñanza pública, conforme al carácter aconfesional del Estado, será laica.*

*Los poderes públicos de la Comunidad tendrán en cuenta las creencias religiosas de la confesión católica y de las restantes confesiones existentes en la sociedad andaluza.*

*3. Todos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos. A tal fin se establecerán los correspondientes criterios de admisión, al objeto de garantizarla en condiciones de igualdad y no discriminación.*

*4. Se garantiza la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios y, en los términos que establezca la ley, en la educación infantil. Todos tienen el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos.*

*5. Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. La ley podrá hacer extensivo este derecho a otros niveles educativos.*

*6. Todos tienen derecho a acceder a la formación profesional y a la educación permanente en los términos que establezca la ley.*

*7. Las universidades públicas de Andalucía garantizarán, en los términos que establezca la ley, el acceso de todos a las mismas en condiciones de igualdad.*

*8. Los planes educativos de Andalucía incorporarán los valores de la igualdad entre hombres y mujeres y la diversidad cultural en todos los ámbitos de la vida política y social. El sistema educativo andaluz fomentará la capacidad emprendedora de los alumnos, el multilingüismo y el uso de las nuevas tecnologías.*

*9. Se complementará el sistema educativo general con enseñanzas específicas propias de Andalucía.*

*10. Las personas con necesidades educativas especiales tendrán derecho a su efectiva integración en el sistema educativo general de acuerdo con lo que dispongan las leyes.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20909])**

## 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21059]).

### **Artículo 21. Educación**

1. Se garantiza, mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio.
2. La enseñanza pública es laica, sin perjuicio del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo a sus propias convicciones. Todos los centros educativos deberán respetar la libertad religiosa de los miembros de la comunidad escolar.
3. Todos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos. A tal fin se establecerán los correspondientes criterios de admisión, al objeto de garantizarla en condiciones de igualdad y no discriminación.
4. Se garantiza la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios y, en los términos que establezca la ley, en la educación infantil. Todos tienen el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos.
5. Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria. La ley podrá hacer extensivo este derecho a otros niveles educativos.
6. Todos tienen derecho a acceder a la formación profesional y a la educación permanente en los términos que establezca la ley.
7. Las universidades públicas de Andalucía garantizarán, en los términos que establezca la ley, el acceso de todos a las mismas en condiciones de igualdad.
8. Los planes educativos de Andalucía incorporarán el valor de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida política y social. El sistema educativo andaluz fomentará la capacidad emprendedora de los alumnos.
9. Las personas con necesidades educativas especiales tendrán derecho a la educación especial.

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23666]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23903]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24259]).

### **Artículo 21. Educación**

1. Se garantiza, mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio.
2. La enseñanza pública es laica, sin perjuicio del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo a sus propias convicciones.
3. Todos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos. A tal fin se establecerán los correspondientes criterios de admisión, al objeto de garantizarla en condiciones de igualdad y no discriminación.
4. Se garantiza la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios y, en los términos que establezca la ley, en la educación infantil. Todos tienen el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos.

5. Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. La ley podrá hacer extensivo este derecho a otros niveles educativos.
6. Todos tienen derecho a acceder a la formación profesional y a la educación permanente en los términos que establezca la ley.
7. Las universidades públicas de Andalucía garantizarán, en los términos que establezca la ley, el acceso de todos a las mismas en condiciones de igualdad.
8. Los planes educativos de Andalucía incorporarán los valores de la igualdad entre hombres y mujeres y la diversidad cultural en todos los ámbitos de la vida política y social. El sistema educativo andaluz fomentará la capacidad emprendedora de los alumnos, el multilingüismo y el uso de las nuevas tecnologías.
9. Se complementará el sistema educativo general con enseñanzas propias de Andalucía.
10. Las personas con necesidades educativas especiales tendrán derecho a su efectiva integración en el sistema educativo general de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

- a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 6]).
- b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 202]).
- c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 254]).
- d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

- a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 94]; sin modificaciones).
- b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).
- c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).



## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 21); Aragón (art. 21); Baleares (art. 26); Castilla y León (art. 13).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 76/1983, FJ 23.º

STC 77/1985, FJ 5.º

STC 86/1985.

STC 118/1996, FJ 12.º

STC 188/2001, FJ 4.º

STC 212/2005, FJ 5.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla la Mancha*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN ESTATUTARIAMENTE PROTEGIDO. C. LA DOBLE NATURALEZA DEL DERECHO ANDALUZ A LA EDUCACIÓN. D. LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN EL ESTATUTO ANDALUZ.

### A. INTRODUCCIÓN

El art. 21 EAAnd consagra el derecho a la educación para todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía. Este reconocimiento en la norma estatutaria no deja de causar sorpresa si tenemos en cuenta que el derecho a la educación es, *ex ante*, un derecho fundamental, reconocido en la Constitución en su art. 27. Esta identidad en los derechos en el Estatuto y la Constitución da un paso más en la polémica jurídica sobre la posible <sup>1</sup>

presencia o no de derechos en los Estatutos, pues obliga a plantearse, asumiendo que pueda haberlos, si las normas estatutarias pueden reproducir, desarrollar, ampliar o regular derechos fundamentales, es decir, si los Estatutos de autonomía son normas pertinentes para concretar el contenido de los derechos que la Constitución consagra. Una cosa es que los Estatutos puedan contener derechos y otra muy distinta el concretar qué tipo de derechos pueden acabar reconociéndose vía estatutaria.

- 2 No hay lugar a dudas de que el estatus de los derechos fundamentales y el de los derechos estatutarios es diferente. Los primeros vinculan a todos los poderes públicos, inclusive los poderes políticos autonómicos; los segundos sólo obligan a estos últimos, además de tener una eficacia territorial limitada. Quiere ello decir que, con o sin reconocimiento estatuario del derecho a la educación, el poder público andaluz está vinculado al contenido constitucionalmente reconocido de dicho derecho, lo que actualiza la cuestión del sentido de la reiteración de su reconocimiento en el Estatuto. Esta fuerza de los derechos constitucionales de naturaleza fundamental que se predica frente a todos los poderes públicos, sean estos de naturaleza estatal o autonómica, no es indiferente ni inmune, sin embargo, a la territorialización del poder, es decir, al diseño autonómico que en potencia nuestra Constitución contiene y que la voluntad política constituida ha ido desplegando desde su entrada en vigor. Así, el estatus jurídico de los derechos fundamentales no implica necesariamente uniformidad en el desarrollo o regulación normativa de los mismos, tampoco del derecho a la educación. Allí donde la Comunidad Autónoma tenga competencias sobre la materia de la que se ocupa el derecho podrá darse un mayor o menor grado de diferenciación entre los diferentes ordenamientos autonómicos a la hora de desarrollar su contenido. Es sabido que la igualdad en el disfrute de los derechos a la que se refiere el art. 139.1 CE se predica de los españoles frente a cada uno de los ordenamientos jurídicos que se conforman a partir del ejercicio del derecho a la autonomía por las nacionalidades y regiones. La uniformidad o su pretensión en el plano de los derechos es incompatible con el ejercicio del derecho a la autonomía, por decirlo de forma clara y directa. En lo que ahora interesa, retengamos que sólo allí donde hay competencia asumida por la Comunidad Autónoma puede, en su caso, haber derecho o, como mínimo, desarrollo o regulación del derecho por parte del poder público autonómico, correspondiendo a ésta último, en el caso de los derechos de prestación, la determinación de la calidad y extensión de las prestaciones.
- 3 Pero ni tan siquiera esta posible diferenciación territorial en el ejercicio de los derechos y libertades justifica plenamente la posibilidad jurídica de reconocimiento de derechos en los Estatutos. Como hemos venido diciendo, la configuración constitucional de nuestro sistema autonómico no rechaza, antes bien, la propicia, la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan resultar afectados, en su regulación, por el poder público autonómico. Es decir, se reconoce la capacidad del legislador autonómico para regular aquellos aspectos del derecho que, habida cuenta la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, entren dentro de su radio de acción competencial. De tal forma que, en el fondo, lo que se está planteado es que mientras el legislador estatuyente debe mantener una relación neutra respecto de los derechos, el legislador autonómico estatuido tiene una relación creativa frente a los mismos, en la medida que es él el competente para regular y desarrollar el espacio de competencia que sobre esa materia tiene atribuida la Comunidad Autónoma.
- 4 Una visión límite de la cuestión posibilitaría, todo lo más, la reproducción del precepto constitucional en el marco estatutario, pero no su regulación o desarrollo. Esta interpretación

materialmente restrictiva del Estatuto como fuente de creación jurídica de derechos y libertades ha tenido su reflejo en la jurisprudencia constitucional, sin que ello anuncie o presuponga, sin embargo, que la cuestión haya quedado zanjada por tratarse de una doctrina sin fisuras lógicas en su exposición. Al contrario, la pertinencia o no de los Estatutos para integrar su propia carta de derechos no es ni ha sido cuestión pacífica. La jurisprudencia constitucional no es más que un fiel reflejo de un debate doctrinalmente amplio e inconcluso.

Con todo, el debate aquí y ahora queda circunscrito a la contingencia de si los Estatutos pueden o no desarrollar o regular derechos fundamentales del Capítulo II de la Constitución, siempre que en ese ámbito la Comunidad Autónoma ostente competencias que legitimen dicha actuación. Más concretamente, la cuestión que tratamos de dilucidar es si el art. 21 EAAnd puede formar parte del catálogo de derechos estatutarios y si, en su caso, el contenido que allí se reconoce excede o no los límites que esta posibilidad pudiera tener constitucionalmente trazados. Para el Tribunal Constitucional los Estatutos son normas impertinentes para reproducir, desarrollar o regular derechos fundamentales, pero de la argumentación del Tribunal no se deducen razones de peso que avoquen a negar con carácter absoluto la posibilidad. Tanto es así que, a continuación, no declara inconstitucional la posibilidad de reproducir los derechos, afirmando que lo relevante será el alcance de dicha reproducción. Relevancia que sólo será legítima, eso sí, si existe conexión jurídica entre el desarrollo o la regulación practicada y las competencias estatutariamente asumidas. Como se verá en seguida, el razonamiento no puede ser más contradictorio. Mucho más lo resulta cuando se descubre que la sanción que el atrevimiento lleva aparejado es la conversión jurisprudencial de los citados derechos en meros mandatos normativos dirigidos al legislador, bloqueando cualquier atisbo de eficacia jurídica directa que pudiera deducirse de la recepción estatutaria del derecho. <sup>5</sup>

Por último, hay que señalar que, teniendo los derechos constitucionales la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales (aunque, como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no es técnicamente correcto transcribir en las leyes los preceptos constitucionales: STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 23; en igual sentido, STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 12, entre otras), lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, 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 [STC 247/2007, FJ 15.º d)]. <sup>6</sup>

La STC 31/2010 ha venido a clarificar algo la cuestión, pues en la recién reproducida sentencia la argumentación ofrecida por el Tribunal no termina de explicar por qué los Estatutos no son la norma pertinente para desarrollar aquella parte de los derechos fundamentales que cae dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma. De tal forma que sigue sin darse repuesta convincente al porqué es constitucionalmente admisible que lo que puede regular el legislador estatuido no pueda hacerlo el estatuyente. La sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Cataluña de 2006 arroja, como decimos, una base argumental que, pese a poder ser discutible, tiene la virtud de colmar una laguna argumentativa, eliminando con ello <sup>7</sup>

el presunto vicio decisionista que pudiera achacársele a la sentencia sobre el Estatuto valenciano.

- 8 Al afirmar el Tribunal Constitucional que los derechos estatutarios sólo vinculan, es decir, sólo pueden vincular al legislador autonómico, ya está adelantando su respuesta a la posibilidad de incorporar en el Estatuto el desarrollo o regulación de derechos fundamentales. Estos últimos, como sabemos, vinculan a todo el poder público del Estado, correspondiendo al poder central su desarrollo mediante Ley orgánica (art. 81.1 CE), de conformidad con las competencias expresas que para sí se haya reservado el Estado, además de la competencia contingente contenida en el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE y mediante la cual el Estado es competente, en exclusiva, para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales.
- 9 Señalar, con carácter general, que los potenciales derechos reconocidos en los Estatutos de autonomía han de ser derechos que sólo vinculen al legislador autonómico es una forma de procurar evitar la concurrencia de normas primarias del sistema –Constitución y Estatutos– en el cometido de definir (desarrollar-regular) el contenido de los derechos y libertades de naturaleza fundamental. Con esta tesis no se está queriendo decir que la regulación del contenido de los derechos fundamentales sea competencia exclusiva del Estado, de tal forma que cualquier tipo de concreción normativa de los derechos fundamentales por parte del poder autonómico sea una imposibilidad lógica del sistema. Lo que se trata de decir es que la norma estatutaria es un continente inadecuado para el despliegue del desarrollo de los derechos y libertades reconocidos con carácter fundamental en la Constitución, no así las normas con rango de ley dictadas por el legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias. Incorpora esta tesis, es indudable, una potencial fragmentación territorial del contenido de los derechos fundamentales, riesgo de cuarteamiento que, en todo caso, afectaría al desarrollo o regulación del ejercicio del derecho, pero nunca al contenido del derecho mismo, pues dicho contenido debe poder ser deducido directamente de la Constitución sin que se requiera la intervención de ningún legislador constituido para concretar lo que ha sido determinado por el propio constituyente. Así, mientras la relación del legislador autonómico con el contenido del ejercicio de los derechos fundamentales tiene su anclaje en el art. 53.1 CE –reserva de ley–, el desarrollo de los mismos se mueve en el ámbito del art. 81 CE, correspondiendo al Estado esta función a la vista de las competencias que tenga reservadas. El caso es que el/los Estatuto/s de autonomía son formalmente leyes orgánicas, lo que pudiera dar a pensar que se trata de una norma apropiada para el desarrollo de los citados derechos. Sin embargo, su condición de norma territorialmente limitada y su vocación de norma generalista bloquean esta pretensión, salvo que admitiésemos la posibilidad de aceptar tantos desarrollos de los derechos fundamentales como Estatutos aprobados hubiese, propiciando así un desarrollo desigual de unos derechos con vocación de igualdad en su ejercicio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Una objeción de utilitarismo jurídico pudiera sumarse a éstas de carácter normativo. La posibilidad de emplear los Estatutos de autonomía para desarrollar derechos fundamentales coloca a éstos en una posición permanente de tensión respecto de la Constitución. Qué duda cabe que todo desarrollo de los derechos fundamentales puede plantear dudas de inconstitucionalidad desde el mismo instante de la aprobación de la norma o durante su vigencia. Sea cuando fuese, la mera posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de un Estatuto de Autonomía se ha demostrado como un problema de política de lo constitucional cuya virtud en el plano lógico jurídico está muy alejada de la función integradora que se reclama del más alto intérprete jurídico de la política constitucional.

Lo primero supone que el Estatuto de Autonomía, como norma primera de un sistema normativo autónomo, tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios, lo que no se compadece con la disciplina de desarrollo de un derecho fundamental cuya proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá verificado en la Constitución, de suerte que la intervención del Estatuto sólo sería admisible si fuera reiterativa; esto es, si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución, en la que se agota la función normativa necesaria en ese primer nivel de abstracción, al que sólo puede seguir ya la función de desarrollo, proceso de concreción que no corresponde al Estatuto. Lo segundo implica que la participación del Estatuto en el desarrollo de los derechos redundaría en una pluralidad de regímenes de derechos fundamentales (tantos como Estatutos), lo que afectaría al principio de igualdad de los españoles en materia de derechos fundamentales (STC 31/10, FJ 17.º).

Es precisamente la naturaleza orgánico-formal de la norma estatutaria la que sitúa al legislador estatuido como el encargado de regular el ejercicio de los derechos fundamentales cuando sobre esta materia la Comunidad Autónoma se haya reservado competencias. Es decir, el carácter inapropiado de la norma estatutaria para desarrollar el contenido de los derechos no es contradictorio con el hecho de que el legislador autonómico ejerza su función en el marco de sus competencias. Concretamente cuando regule el ejercicio de los derechos fundamentales en virtud de lo establecido en el art. 53.1 CE.

De otra parte, la divisoria ley orgánica/ley ordinaria en materia de derechos fundamentales (desarrollo/regulación: arts. 81.1 y 53.1 CE) supone que el Estatuto, en tanto que ley orgánica, tampoco puede, no ya declarar o desarrollar derechos fundamentales o afectar a los únicos que son tales, sino siquiera regular el ejercicio de tales derechos. Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatuyente. De ahí que no haya paradoja alguna en el hecho de que por simple ley autonómica (ley ordinaria) pueda hacerse lo que no cabe en un Estatuto (norma superior a la autonómica). En realidad, no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se hace cosa distinta, como corresponde en el juego de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia (STC 31/10, FJ 17.º).

Así pues, todo lo más que el legislador estatuyente podría hacer respecto de los derechos fundamentales es, como afirma del propio Tribunal Constitucional, reproducir en el Estatuto lo dispuesto en el texto constitucional, por más que ésta sea una técnica legislativa no recomendable, entre otras razones por la considerable rigidez que presenta la norma Estatuto de Autonomía incluso frente a la voluntad política de un potente legislador orgánico. El hecho de que el poder estatuyente no pueda desarrollar mediante la ley orgánica que es el Estatuto el derecho a la educación no impide, ya se ha dicho, que el legislador estatuido, es decir, el legislador autonómico, regule y desarrolle las competencias que sobre esta materia se haya reservado para sí la Comunidad Autónoma y que son claro desarrollo de contenidos del derecho fundamental (concretamente las contenidas en los arts. 52 –educación– y 53 –universidades– EAAnd). Queda de esta forme garantizada una cierta armonía en el desarrollo del citado derecho fundamental al reservarse el Estado la competencia para, mediante ley orgánica específica, regular las «normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia» (art. 140.1.30.ª CE).

- 14 Llegados a este punto, en principio, sólo cabría abordar el comentario del art. 21 EAAnd con una mirada comparatista en el sentido más identitario del término. Es decir, todo lo que no sea reproducción de los contenidos constitucionales del derecho debe reputarse como inconstitucional, habida cuenta la naturaleza inapropiada de la norma Estatuto para contener el desarrollo del derecho a la educación. Conclusión ésta que sería independiente del concreto bien jurídico que el derecho estatutario regule o reconozca, bastando la mera integración del presunto precepto en el genérico campo de la educación para que su integración en el Estatuto pueda ser reputada como inconstitucional. Como bien podrá compartirse, esta conclusión no termina de convencer.
- 15 Lo que el Tribunal Constitucional impide con acierto es el uso de la fuente jurídica Estatuto de Autonomía como medio para desarrollar el contenido de los derechos fundamentales. La prohibición, necesariamente limitada, queda de este modo circunscrita a impedir el desenvolvimiento normativo de los concretos contenidos del derecho fundamental en cuestión. No impide, por lo tanto, que en el Estatuto se puedan introducir derechos subjetivos ligados a la materia educativa pero que vayan más allá del contenido declarado del derecho fundamental. Es decir, con carácter general, lo que no se veda es que el legislador estatuyente regule o consagre como derechos ámbitos de libertad o prestación no reconocidos en la Constitución. Se exige, por el contrario, que los derechos reconocidos en Estatutos de Autonomía sean «cosa distinta», entendiendo por tal aquellos «derechos que sólo vinculen al legislador autonómico [...] y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma» (STC 31/2010, FJ 16.º).
- 16 Con mayor incidencia en el terreno de lo prestacional, es posible imaginar, a la vista del contenido constitucionalmente declarado del derecho a la educación contenido en el art. 27 CE y de las competencias propias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en este terreno, un conjunto de derechos que vengán a ampliar y favorecer la garantía constitucional del derecho a la educación tal y como aparece consagrada en la Constitución. Derechos de naturaleza prestacional cuya legitimidad constitucional será determinada, en cada caso, a la vista de «si los mandatos en ellos comprendidos vinculan exclusivamente al poder público catalán y, naturalmente, si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus competencias» (STC 31/2010, FJ 16.º). Fuera, pues, del marco propio de la Ley Orgánica y de su reserva para el desarrollo de los derechos fundamentales en el sentido que hemos indicado, el Estatuto de Autonomía es norma pertinente para contener derechos, por más que el Tribunal Constitucional insista en que «este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FF.JJ. 13.º a 15.º), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas» (STC 31/10, FJ 16.º). En cualquier caso, y por lo ahora nos interesa, les concede el Tribunal naturaleza prescriptiva, lo que ya es de por sí un avance respecto de lo que había declarado en la citada sentencia de 2007.
- 17 La exégesis del art. 21 del Estatuto andaluz pasa, en primer lugar, por desentrañar de su contenido qué ingredientes del mismo pueden ser reproducción o reiteración del contenido constitucionalmente declarado del derecho a la educación (v., por todos, BARNES, J., 1984). En estos casos, la identidad de contenidos sería suficiente, tras lo hasta aquí expuesto, para concluir que se trata de un precepto inconstitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha conformado, ya lo veremos, con tomar nota de la identidad sin que ello arrostre mayores consecuencias, advirtiendo, eso sí, que la reiteración no puede ser en ningún caso un obstáculo para el despliegue de la efectividad del derecho fundamental. En

segundo lugar, habrá que desentrañar aquellos contenidos propios que en materia educativa pueden comenzar a marcar, desde la cúspide normativa, la diferencia entre territorios en el interior del Estado, pues en dichos derechos se encierra una filosofía de cómo debe configurarse la política pública educativa<sup>2</sup>. Estos nuevos contenidos, que adoptan en el Estatuto la forma de derechos de prestación, no han de ser/no pueden ser desarrollos del derecho fundamental a la educación, sino contenidos adicionales al mismo. Derechos de configuración estatutaria (legal) que, en el ámbito de las competencias estatutariamente asumidas, prefiguran el modo en que el poder político autónomo podrá y deberá desarrollar su política en este terreno.

## B. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN ESTATUTARIAMENTE PROTEGIDO

Ocurre, como ahora veremos, que de la redacción del art. 21 EAAnd puede extraerse una voluntad de configuración de un derecho a la educación diferente, en gran medida, del derecho a la educación constitucionalmente garantizado. De tal forma que gran parte de los problemas antes suscitados quedarían solventados, pues el art. 21 EAAnd, más que una mera reiteración de los contenidos del art. 27 CE, sería la consagración estatutaria de un sistema público de enseñanza andaluz y, en consecuencia, diferenciado y que, partiendo del estatal, se acaba conformando y ampliando a través del reconocimiento de una serie de derechos. Así, el sentido último del art. 21 EAAnd pretende evitar el solapamiento, procurando ofrecer, a través de mandatos y derechos, una dimensión más completa y acabada del servicio público educativo. **18**

Ya desde el primer apartado del art. 21 EAAnd —«se garantiza, mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio»— se está hablando de una cosa diferente. Está de más, a nuestro entender, la apostilla de «constitucional» con la que se reconoce el derecho, pues lo que se ofrece como expectativa prestacional para todos no es el acceso a la educación, con carácter general, sino expresamente la garantía de un servicio público educativo que debe ofrecer un tipo cualificado de educación, cual es la que se define como permanente y de carácter compensatorio. El estatuyente andaluz, lejos de reiterar el derecho a la educación, en su vertiente de derecho al acceso, reconocido en la Constitución, lo que consagra como derecho en el marco de sus competencias es el derecho de acceso a un sistema educativo que supera con creces las expectativas que puedan extraerse de la interpretación más favorable del derecho constitucional a la educación. La naturaleza permanente y el carácter compensatorio de la educación que se garantiza es el valor añadido, el hecho diferencial, que hace del art. 21 EAAnd un precepto complementario, si se quiere ver así, pero en todo caso distinto del art. 27 CE. **19**

Como es sabido, el derecho fundamental a la educación comprende la garantía institucional de un sistema público de enseñanza que, además de abarcar la etapa obligatoria, **20**

---

<sup>2</sup> «De lo que resulta, naturalmente, un principio de diferenciación que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio proscritos por los arts. 138.2 y 139.1 CE, pues con ella sólo se abunda en la diversidad inherente al Estado autonómico [...] en tanto que implícita en la pluralidad de ordenamientos que, fundamentados y reducidos a unidad en la Constitución, operan sobre ámbitos competenciales diversos en los que actúan potestades legislativas y gubernamentales propias cuyo ejercicio puede legítimamente condicionarse desde la misma norma que define, en concurso con la Constitución, cada uno de esos ámbitos privativos» (STC 31/10, FJ 16.º).

incluye la enseñanza secundaria y la etapa universitaria. Con todo, el diseño básico del programa educativo queda en manos del poder público, que, habida cuenta la dimensión prestacional del derecho, viene obligado a garantizar el derecho a la educación de todos «mediante una programación general de la enseñanza» (art. 27.4 CE). Una programación para la que el legislador de desarrollo, sin embargo, no es enteramente libre. En la Constitución se garantiza la enseñanza obligatoria y la educación universitaria (art. 27.10 CE) en el marco de una programación general que no podrá ser ajena a los estándares educativos en los que nuestra sociedad se desenvuelve.

- 21 Así, la garantía constitucional de la existencia de un proyecto educativo y de la creación de los centros docentes necesarios conforma la arquitectura formal necesaria para que quede garantizado el ejercicio del derecho fundamental a la educación. Materialmente el derecho a la educación exige de un programa educativo que abarque todo el período comprendido entre la enseñanza obligatoria y la universitaria, de forma tal que el contenido educativo de cada etapa responda al parámetro cultural y social que en ese momento se tiene de un programa educativo comúnmente aceptado en nuestro entorno político. Una quiebra grave en la arquitectura formal o material de la programación educativa pudiera dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad, si bien en este sentido hay que reconocerle a la sociedad constituida un amplio margen de maniobra a la hora de diseñar y aprobar, «con la participación efectiva de todos los sectores afectados», la programación general de la enseñanza<sup>3</sup>.
- 22 El paso de más que da el Estatuto andaluz respecto de la Constitución es el de extender el derecho a la educación más allá de ese espacio temporal y limitado de la enseñanza reglada. Lo que el Estatuto garantiza es el derecho a la educación permanente y de carácter compensatorio, mediante un sistema educativo público, exigencia que está muy por encima del reconocimiento clásico del derecho a la educación cuando ésta se reconoce sin ningún tipo de apelativo. Tanto el término educación permanente como el de educación compensatoria son conceptos contemporáneos traídos de la pedagogía, pero que cuentan con un significado preciso. Tienen mucho que ver con la sociedad del conocimiento, con la rápida transformación de las nuevas tecnologías, con la globalización, con los cambios culturales demográficos y sociales.
- 23 Lo que se propone con la educación permanente afecta incluso a la manera ortodoxa en que hasta ahora se había concebido la formación de los ciudadanos, pues pretende romper o superar la división nítida que existe entre la etapa formativa y la vida laboral de las personas. El derecho a la educación permanente tiene mucho que ver también con un concepto activo de ciudadanía, con la permanente actualización de la educación como elemento imprescindible del desenvolvimiento democrático, pues las rápidas transformaciones sociales, económicas y culturales requieren de ciudadanos activos que renueven y actualicen permanentemente sus conocimientos. Conocimientos que podrán ser adquiridos de forma diferente a como se obtienen en la enseñanza reglada y, desde luego, en ámbitos o foros

<sup>3</sup> En este sentido, resulta curioso observar como la protección y prestación que dispensa la Constitución es más amplia que la que viene reconocida en el CEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha mantenido que el derecho a la instrucción reconocido en el Protocolo adicional al Convenio no exige del Estado ni un determinado sistema educativo ni una determinada forma o contenido del mismo. Para el TEDH el derecho a la instrucción sólo garantiza el derecho a utilizar los medios de enseñanza que existan en un determinado momento histórico (Sentencia del TEDH, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Dinamarca, de 7 de abril de 1976).



distintos a los habituales (de forma constante los documentos sobre educación permanente se refieren a tres tipos de aprendizaje: el formal –las competencias y capacidades adquiridas en un contexto formal con reconocimiento público–, el no formal –los conocimientos adquiridos en un contexto menos formal tras años de estudio y trabajo, con o sin reconocimiento oficial– y el informal –el conocimiento adquirido a través de la experiencia diaria–). La educación permanente, como derecho, obliga a crear un servicio público educativo que debe abarcar todos estos planos, es decir, todo un sistema de enseñanza puesto al servicio de los individuos y que abarque la vida entera de los ciudadanos y no sólo la etapa de la formación reglada. Un servicio público que debe estar muy vigilante para no crear desigualdades entre aquellos ciudadanos que puedan acceder con cierta facilidad a los nuevos conocimientos o a la actualización de los ya adquiridos.

La educación de carácter compensatorio es el nombre que recibe la presencia del principio de igualdad en su vertiente material en el ámbito educativo. La forma de enseñar no puede ser ajena ni a las cualidades de los alumnos ni a la extracción cultural, social y económica del alumno. Es la enseñanza la que debe adaptarse al alumno y no al revés, de tal forma que la educación sea vehículo en la promoción de «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra reales y efectivas» (art. 9.2 CE). Asimismo, no debemos olvidar que entre los objetivos básicos de la comunidad política, definidos en el art. 10.3 EAAAnd, figura en segundo lugar: «El acceso de todos los andaluces a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal»<sup>4</sup>. Lo que en este primer apartado del art. 21 EAAAnd está expresado como mandato dirigido a los poderes públicos, en el apartado 10.º de ese mismo artículo aparece como derecho expreso de las personas necesitadas de compensación: «Las personas con necesidades educativas especiales tendrán derecho a su efectiva integración en el sistema educativo general de acuerdo con lo que dispongan las leyes». El hecho de remitir al legislador autonómico la concreción de los requisitos, condiciones y formas de acceder y disfrutar de los medios para una efectiva integración en el sistema educativo no significa que el legislador estatuido sea libre absolutamente para concretar las prestaciones. La ley que en su día se dicte habrá de ponderar la garantía de la efectiva integración con los medios humanos y económicos existentes, pero, en todo caso, la posibilidad de la efectiva integración debe poder deducirse de la regulación legal, resultando antiestatutaria la norma que niegue, impida o no propicie la integración. Por otra parte, la redacción del derecho a una educación compensatoria puede ser esgrimida ante los tribunales incluso en ausencia de ley. De no ser así, la eficacia del derecho estatuario quedaría a merced de la voluntad del legislador, lo que contradice el estatuto del que gozan los derechos estatutarios de conformidad con el art. 38 EAAAnd: a) derechos que vinculan a todos los poderes públicos, y b) a cuyo desarrollo viene obligado el legislador respetando en todo caso el contenido de los mismos y concretando las prestaciones y servicios vinculados al ejercicio de estos derechos.

Bajo este punto de vista es como puede comprenderse, desde una perspectiva jurídica, la inserción de un derecho a la educación en el Estatuto de Autonomía. En la medida en que lo

<sup>4</sup> Con independencia de la confusión que puede darse con la superposición de objetivos y derechos, debe resaltarse que la pretensión del citado objetivo no es tanto exigir una educación permanente y compensatoria, pues para eso ya está el mandato de este art. 21 EAAAnd, sino resaltar el sentido de la misma: la realización personal del individuo. Una realización que desde el punto de vista de la comunidad política que se constituye tiene importancia en la medida en que esa favorable realización revierta en la sociedad de la que se participa.

que allí se regula es «materia distinta», por más que sea complementaria, del contenido del derecho fundamental a la educación constitucionalmente reconocido, se puede aceptar como constitucionalmente legítima la aspiración del estatuyente de garantizar un contenido distinto del derecho a la educación en el ámbito de sus competencias<sup>5</sup>. A partir del Estatuto arranca, pues, la diferenciación entre ordenamientos autónomos, hecho consustancial al estado de las autonomías y cuya reducción a la unidad ha de poder encontrar siempre cabida en la Constitución.

- 26 Ello no quiere decir que todo lo que hay en el art. 21 EAAAnd esté en la órbita de este derecho a la educación de esta forma ampliado, dada su naturaleza permanente y su carácter compensatorio. De hecho, como en seguida veremos, hay redundancias del derecho fundamental a la educación que, en la medida que no afectan a su contenido, pueden ser tachadas de inocuas y por lo tanto desprovistas de eficacia jurídica. Pero al margen de estas redundancias hay contenidos expresos del derecho fundamental a la educación estatutario que deben ser interpretados en el amplio marco de un sistema educativo, pensando más allá del marco de las enseñanzas regladas reconocidas constitucionalmente.
- 27 Así, por ejemplo, es redundante, y por partida doble, la garantía de la igualdad reconocida a la hora elegir un centro educativo de entre los sostenidos con fondos públicos. La igualdad como principio constitucional de naturaleza transversal impediría, con independencia de lo dispuesto en el Estatuto, una admisión discriminatoria o arbitraria de los alumnos incluso en los centros privados sostenidos con fondos públicos. Que deban existir criterios de admisión objetivos que permitan su contraste con el derecho a no ser discriminado responde al mínimo contenido que puede exigirse del Estado de Derecho.
- 28 Por otra parte, esta ha sido una cuestión ya abordada por el Tribunal Constitucional, que ha reconocido que el derecho a elegir centro escolar se satisface con la mera solicitud, es decir, con que se abra la posibilidad de instar la plaza en un determinado centro. Ahora bien, en caso de insuficiencia de plazas, el poder público puede dictar normas objetivas que prioricen en la admisión a unos alumnos frente a otros. En el proceso de selección no podrá ignorarse la voluntad de los padres a la hora de elegir un centro educativo para su hijo, por lo que estas normas objetivas no podrán ser sustituidas por meras normas de reparto que ignoren dichas preferencias (por todas, STC 77/85, FJ 5.º). La intención oculta de este precepto, que no niega la capacidad de los padres y alumnos para escoger el centro de su elección y que tiene mucho de coyuntural, no es otra que la de reafirmar la capacidad de la Administración regional de dictar las normas que regulen el acceso a los centros de forma objetiva frente a la interpretación preferente que se hace del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).
- 29 Algo similar ocurre respecto de la garantía de la igualdad en el acceso a las distintas etapas del proceso educativo. Así, concretamente, cuando se reconoce el derecho a acceder a la formación profesional y a la universidad en los términos que establezca la ley (apartados 6 y 7 del art. 21 EAAAnd), obviamente el mérito y la capacidad habrán de ser tomados en

<sup>5</sup> Competencias que, tanto en el marco de la enseñanza reglada, universitaria y obligatoria, como en el marco de la enseñanza no universitaria que no conduzca a un título oficial, son amplias y un su mayor parte exclusivas. Entre las competencias compartidas con el Estado se encuentran: «[...] el establecimiento de los planes de estudio, incluida la ordenación curricular, el régimen de becas y ayudas estatales, los criterios de admisión de alumnos, la ordenación del sector y de la actividad docente [...]», entre otras (v. art. 52.1 y 2 EAAAnd).

cuenta por el legislador a la hora de establecer los criterios de admisión. El mandato por el que se procura un acceso igual para todas las personas no añade nada al contenido que encierra el derecho a la educación constitucionalmente garantizado, sin que tengamos que insistir más sobre ello.

30 Debe resaltarse en este punto el reconocimiento que se hace al derecho de todos a acceder, en los términos que establezca la ley, a la educación permanente. Traída como una fase más de la educación, con las características que antes vimos, se refuerza su consideración de garantía institucional como un segmento educativo que el poder público andaluz deberá crear, sostener y financiar. El reconocimiento del derecho a la educación permanente justifica el inciso por el que se garantiza el derecho de todos a acceder, en los términos que fije la ley, a un sistema educativo que cubre el espacio que va más allá del de la enseñanza reglada (art. 21.6 EAAnd). El principio de proporcionalidad será el parámetro de control que mida las posibles restricciones que el legislador pueda imponer en el acceso a unas enseñanzas de las que el poder público andaluz es el único responsable.

31 Como contenidos prestacionales propios en el Estatuto andaluz descuellan en el ámbito educativo: la posible gratuidad de la enseñanza infantil –y decimos posible porque se deja en manos de lo que determine el legislador– y la garantía de la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. La primera aparece acompañada de la redundante garantía de la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios (art. 21.4 EAAnd y 27.4 CE), si bien a nivel constitucional es la enseñanza básica la que es obligatoria y gratuita. Así, en la determinación de lo básico por el Estado se integra la concreción de qué debe entenderse por enseñanzas básicas (art. 149.1.30.<sup>a</sup> CE), garantizando con ello un mínimo educativo común para todos los ciudadanos. Quien tiene la potestad para decidir qué es lo básico es quien determina, directamente, cuáles son las enseñanzas obligatorias (programación general de la enseñanza). Así, la determinación de las enseñanzas que tengan la condición de obligatorias corresponde al Estado, de tal forma que lo básico y lo obligatorio coinciden en el ámbito educativo con independencia de las competencias que sobre la materia educación hayan podido asumir las distintas comunidades autónomas. Sin embargo, el que la enseñanza básica u obligatoria sea por voluntad constitucional gratuita no quiere decir que deba o pueda ser el único segmento educativo exento de tasas o precios públicos<sup>6</sup>. El legislador autonómico puede declarar gratuito otros niveles educativos de la enseñanza no obligatoria en el marco de sus competencias. Habiéndose garantizado la gratuidad de la enseñanza básica y obligatoria, tal medida no puede ser interpretada como una merma a la garantía de la igualdad en el disfrute de los derechos consagrada en el art. 139.1 CE.

<sup>6</sup> De conformidad con el mandato interpretativo contenido en el art. 10.2 CE el poder público debe procurar extender la gratuidad a todos los niveles educativos, sean éstos o no obligatorios. Concretamente en el art. 13.2 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de 1966 se reconoce: «2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita [...]».

- 32 El estatuyente andaluz no extiende el mandato de la gratuidad, a diferencia de lo que hace su homólogo catalán, más allá de lo que la propia Constitución lo hace<sup>7</sup>. Tan sólo deja la puerta abierta a la posible gratuidad de la enseñanza infantil, etapa educativa no obligatoria pero con pretensiones de universalización. Es el legislador estatuido el conminado a fijar los términos en que la gratuidad será efectiva. No se desprende del Estatuto, en consecuencia, la existencia de un derecho a que la educación infantil sea gratuita.
- 33 Hay, sin embargo, un mandato para que el legislador se aproxime a la gratuidad, pues, como es lógico, no caben grados en un concepto que o bien puede predicarse frente a todos o, ciertamente, carece de significado. La gratuidad en este contexto tiene poco que ver con el establecimiento de una política de discriminación positiva. O la educación es gratuita con carácter general o, si no lo es, estaremos hablando de otro tipo de políticas, como la de becas o ayudas al estudio, éstas sí manifestaciones de la conquista de la igualdad material reconocida en el art. 10.1 EAAAnd (art. 9.2 CE). De nuevo el margen de maniobra con el que cuenta el legislador autonómico es lo suficientemente elástico como para que el mandato normativo pueda imponerse con facilidad a la deliberación y decisión democráticamente adoptada. No cabe duda, sin embargo, que el legislador no puede ser indiferente al mandato estatutario y que en la ley que se acabe aprobando tienen que poder observarse trazas de gratuidad significativas que despejen las dudas de que el legislador ha hecho caso omiso de la voluntad estatuyente.
- 34 Concluye el apartado 4 del art. 21 EAAAnd con el reconocimiento del derecho de igualdad en el acceso al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos. Aunque la Constitución no habla de un sistema de becas, el Tribunal Constitucional ha reiterado que «el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de "Estado social y democrático de derecho" que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales» (STC 212/2005, FJ 4.º)<sup>8</sup>.
- 35 Así las cosas, vuelve a darse en el Estatuto una reiteración de derechos ya constitucionalmente garantizados. Es cierto, sin embargo, que la existencia de un derecho subjetivo a un sistema de becas y ayudas al estudio es más una garantía implícita del derecho de todos a la educación en el seno del Estado social, como así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, que un derecho constitucionalmente explícito, pues no aparece como tal en la Constitución. Por esta razón, la reiteración de la garantía de la existencia de un sistema de

<sup>7</sup> Conforme al art. 21.4 EAC: «La enseñanza es gratuita en todas las etapas obligatorias y en los demás niveles que se establezcan por ley».

<sup>8</sup> «En la STC 188/2001, FJ 4.º, examinamos el articulado de dichas Leyes orgánicas (arts. 26.3 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria; 6.1 g) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, de regulación del derecho a la educación; y 66.1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, poniendo de relieve la conexión existente entre dicho sistema de ayudas y subsidios y el derecho a la educación (art. 27 CE), concluyendo entonces que "tanto la legislación orgánica como la normativa reglamentaria configuran las becas como un elemento nuclear del sistema educativo dirigido a hacer efectivo el derecho a la educación, permitiendo el acceso de todos los ciudadanos a la enseñanza en condiciones de igualdad a través de la compensación de las condiciones socioeconómicas desfavorables que pudieran existir entre ellos, lo que determina que los poderes públicos estén obligados a garantizar su existencia y real aplicación" (STC 188/2001, FJ 4.º)» (STC 212/05, FJ 4.º).

becas o ayudas públicas no sólo no es inocua, sino que, aunque sólo se a efectos de visualización, está bien traída. La garantía de la existencia de un sistema de ayudas y becas al estudio para los niveles no gratuitos conecta con la novedosa garantía del derecho a la educación permanente, es decir, con la implantación a la par de un sistema de becas propio para aquellos niveles obligatorios educativos que resulten del desarrollo legal de la garantía institucional de la educación permanente. Por último, indicar que en el art. 52.1 EAAAnd se reconoce como competencia exclusiva de la comunidad «el régimen de becas y ayudas con fondos propios»<sup>9</sup>.

Además de un derecho a la educación renovado, el estatuyente va a reconocer en el apartado 5.º del art. 21 EAAAnd el que posiblemente sea el derecho más acabado de todos los allí contenidos. Se ocupa el apartado 5.º del derecho a la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. Es, como puede observarse, un derecho con un fin concreto y determinado, a diferencia de mayoría de los derechos mandatos expuestos hasta aquí. Desde la perspectiva de su eficacia no cabe dudar de que se trata de un derecho exigible ante los tribunales (art. 39 EAAAnd), en caso de incumplimiento por parte de la Administración autonómica. **36**

La gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria es un derecho accesorio del derecho a la educación tal y como ha sido éste interpretado, como un derecho a acceder a la enseñanza obligatoria y a permanecer en la misma y como el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la enseñanza reglada no obligatoria (DÍAZ REVORIO, F.J., 2002). Por esta razón, el hecho de el Estatuto andaluz se ocupe de garantizar una prestación complementaria del derecho a la educación es por lo que se despejan las dudas de su constitucionalidad a la vista de la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre el Estatuto de Cataluña de 2006. Aceptando que el legislador estatuyente no puede integrar en el Estatuto de Autonomía el desarrollo de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, nada impide que, en el ámbito de sus competencias, pueda reconocer prestaciones complementarias al contenido del derecho con la finalidad de limitar o dirigir la política educativa del poder público autonómico. En cualquier caso, aunque sea cierto que la gratuidad del material escolar no forma parte del contenido esencial del derecho a la educación, su adquisición no puede plantearse como un obstáculo insalvable para acceder o permanecer en el sistema educativo, máxime cuando los libros de texto son un complemento indispensable para el seguimiento y aprovechamiento de las enseñanzas (lo mismo pudiera decirse del acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, si éstas cumplieren la misma labor que los libros, o de las ayudas para el transporte escolar). Una perspectiva social del derecho a la educación exige de los poderes públicos, bien un programa de ayudas o becas para el material escolar, bien una decisión sobre su gratuidad. La alternativa (gratuidad/sistema de becas) nos confirma la existencia de ciertos derechos que surgen como requisitos o condiciones necesarios para dar cumplimiento efectivo a ciertos derechos fundamentales. El valor objetivo del derecho a la educación en una sociedad democrática confirma la necesidad de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plena eficacia. **37**

Así pues, porque entra en el ámbito de sus competencias y no es un contenido específico del derecho fundamental, puede afirmarse como legítima la opción del estatuyente de optar **38**

<sup>9</sup> Como competencia compartida, art. 52.2 EAAAnd, le corresponde «el régimen de becas y ayudas estatales».

por una política de gratuidad para los libros de texto en la enseñanza obligatoria, por más que con la consagración del derecho se renuncie a la posibilidad democrática de elegir otro tipo de soluciones, a nuestro modo de ver, más redistributivas (ayudas o becas).

- 39 El programa de gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria viene funcionando en la Comunidad Autónoma andaluza desde 2005 (Orden, de 27 de abril de 2005, por la que se regula el programa de gratuidad de los libros de texto dirigido al alumnado que curse enseñanzas obligatorias en los centros docentes sostenidos con fondos públicos).

### C. LA DOBLE NATURALEZA DEL DERECHO ANDALUZ A LA EDUCACIÓN

- 40 Lo mismo que afirmase el Tribunal Constitucional respecto del derecho a la información puede afirmarse ahora para el derecho a la educación: La formación está indisolublemente ligada al desarrollo de la personalidad, *prius* lógico del grado mínimo de libertad del que deben disfrutar los ciudadanos para participar en el proceso democrático. Tanto es así que sin educación quedarían reducidos a formas huera los derechos de participación democrática del artículo 23 CE, en la medida que tanto el debate público como la toma de decisiones políticas pudieran manipularse con extrema facilidad. Por esta razón, el derecho a la educación es uno de los derechos sociales que más rápidamente ha adquirido el estatus de fundamentalidad, a pesar de tratarse de un derecho de prestación que exige del Estado un enorme esfuerzo presupuestario. Es así como se explica que el derecho a la educación no se articule como derecho facultativo, como mera posibilidad para los individuos. La denomina educación básica es, no sólo gratuita, sino obligatoria. Por eso mismo, tiene sentido que el fin último de la educación tenga por objeto «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2 CE). La educación, en resumen, como medio más eficaz para posibilitar la igualdad y la libertad de los individuos y de los grupos en que se integra; como derecho de prestación obligatoria en la medida en que, con su ejercicio, se dota de mayor legitimidad al proceso democrático.
- 41 De las disposiciones trascritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para establecer una sociedad democrática avanzada, como reza el preámbulo de nuestra Constitución (STC 86/85, FJ 8.º).
- 42 Esta manifestación del doble carácter (subjetivo/objetivo) del derecho a la educación alcanza también la regulación estatutaria del derecho a la educación permanente y de naturaleza compensatoria. En la medida que la Comunidad Autónoma comparte competencias en el establecimiento de los planes de estudio (art. 52.2 EAAnd), fija el estatuyente como contenidos obligados de los planes de estudio la promoción, el análisis y el estudio de los principales objetivos y principios estatutarios. Concretamente, los planes de estudio «incorporarán los valores de la igualdad entre hombres y mujeres y la diversidad cultural en todos los ámbitos de la vida política y social» (art. 21.8 EAAnd). Lo que aquí se denominan «valores» son objetivos en el art. 10.2, 17.º y 22.º EAAnd y principios rectores en el art. 37.1. 2.º, 11.º y 23.º, entre otros.

La concreta entrada de los citados valores en el contenido de las enseñanzas y su regulación específica no podrá ignorar su naturaleza jurídica y la función que estos cumplen en el seno de una sociedad que libremente se dota de un sistema de gobierno democrático para seguir conservando la libertad individual y, con ella, el pluralismo social. La utilidad de la educación como medio para la formación democrática de los ciudadanos tiene asimismo como objetivo primario alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad. Ambos objetivos deben ponderarse a la hora de planificar las enseñanzas, actuando como límite la exigencia de neutralidad del poder público frente a las creencias de los ciudadanos. 43

Más acá de los valores, el Estatuto mandata al poder público a que incentive a través de la educación la capacidad emprendedora de los alumnos, el multilingüismo y el uso de las nuevas tecnologías (art. 21.8 EAAnd). El estatuyente ha descrito en el art. 10 EAAnd la Andalucía que hace falta para enfrentarse a los retos de un mundo globalizado y en permanente cambio. Entre los objetivos macados son constantes las referencias a un nuevo modelo productivo basado en la ciencia, la innovación, la apertura hacia la sociedad del conocimiento y el estímulo de la capacidad emprendedora, tanto privada como pública. Necesariamente la educación, los planes educativos, es, tal vez, la mejor herramienta para, a medio y largo plazo, alcanzar los objetivos propuestos. 44

Por otra parte, no se olvida el estatuyente de reforzar la comunidad política que está en la base del poder político autónomo, mandando que se complemente el sistema educativo general con enseñanzas específicas propias de Andalucía (art. 21.9 EAAnd). Nuevamente la educación al servicio de los objetivos de la Comunidad Autónoma, pues el afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza, a través del conocimiento, la defensa y la promoción de la modalidad lingüística andaluza, bien encuentra acomodo en el diseño de la planificación educativa. 45

#### D. LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN EL ESTATUTO ANDALUZ

La imposibilidad constitucional de que el Estatuto contenga el desarrollo de los derechos fundamentales hacía difícil el que el estatuyente entrase a regular el contenido de la libertad de enseñanza, sin lugar a dudas el tema más delicado del derecho genérico a la educación. No obstante, siguiendo la estela en esto también del Estatuto de Cataluña de 2006, el Estatuto andaluz integra en el apartado 2.º del art. 21 esta vertiente del derecho para reproducir, ahora se verá en concreto cómo, lo dispuesto en la Constitución. 46

Añadiendo la expresión «de la Comunidad Autónoma» para nombrar al sujeto obligado, el art. 21.2 EAAnd reproduce palabra por palabra lo dispuesto en la Constitución: «Los poderes públicos (añadido, "de la Comunidad Autónoma") garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Por tratarse de una reproducción pudiera limitarse nuestro comentario a reiterar una vez más los problemas que la reproducción de artículos puede en su caso plantear tanto al intérprete como al poder político facultado para reformar los textos legales. En cualquier caso, dada la importancia del derecho en cuestión, añadiremos que del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones no se deriva ninguna prestación obligatoria para el Estado. Las enseñanzas en el ámbito público vienen marcadas por el carácter aconfesional del Estado y, por lo tanto, su diseño y contenidos deben ser neutrales ante el hecho religioso. Ello no es 47

óbice para que, desde una perspectiva positiva, se facilite, dentro del horario escolar, la posibilidad de impartir la enseñanza de las confesiones presentes en la sociedad española. En todo caso, todas estas cuestiones deben ser desarrolladas por el Estado mediante ley orgánica<sup>10</sup>, resultando la Comunidad Autónoma en principio incompetente para regular la cuestión. Que el estatuyente haya querido reproducir en su obra lo que es mandato constitucional para todos los poderes públicos tal vez se deba a la inercia a la que siempre conduce la discusión sobre el derecho a la educación, inercia que habitualmente acaba arrastrando el debate hacia el más enconado, que no problemático, de sus contenidos: la libertad de enseñanza.

- 48 Otra singularidad del derecho a la educación es que su reconocimiento es fruto de un pacto de concesiones más que de acuerdos o confluencias en lo fundamental. Por esta razón, el reconocimiento de la libertad educativa en su vertiente de respeto a las creencias religiosas de los estudiantes fue contrapesada con la afirmación de que «la enseñanza pública, conforme al carácter aconfesional del Estado, será laica» (art. 21.2 EAAAnd). Que se trata de un mandato reiterativo es indudable, como acabamos de ver. Todo lo más a lo que puede llevar esta afirmación es a una cierta confusión de categorías, pues no es desde luego evidente que del carácter aconfesional del Estado (si por aconfesional entendemos que ninguna confesión tendrá carácter estatal) derive necesariamente en laicidad. Afirmarlo con esa rotundidad parece querer equipar dos conceptos (aconfesional/laicidad) que ni histórica ni social ni jurídicamente son coincidentes. Así pues, por laica habrá que entender aquí neutral, si es que con ese término se pretende reproducir el mandato constitucional de que ninguna confesión tendrá carácter estatal.
- 49 Hay, como hemos dicho, un antecedente normativo a este art. 21.2 EAAAnd. Su homólogo art. 21.2 EAC reconoce a «las madres y los padres tienen garantizado, de acuerdo con los principios establecidos por el artículo 37.4, el derecho que les asiste para que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en la escuelas de titularidad pública, en las que la enseñanza es laica». Este precepto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por 99 diputados del Grupo Parlamentario Popular alegando, de forma general y sin demasiada fundamentación, que el citado precepto afectaba al núcleo esencial del art. 27 CE. La inconsistencia de los argumentos de los recurrentes no es la razón, a nuestro modo de ver, para que el Tribunal Constitucional despache el asunto en muy pocas líneas, remarcando la constitucionalidad del art. 21 EAC. Quizás lo verdaderamente difícil era argumentar convincentemente que la mera reiteración de los preceptos constitucionales en el Estatuto era ya de por sí motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad del precepto impugnado.
- 50 La imprecisa impugnación de ambos preceptos «por referencia al artículo 27 CE, en cuanto afecte a su núcleo esencial», según se afirma en la demanda, no es suficiente para desvirtuar su constitucionalidad. El propio tenor de los apartados 1 y 2 del art. 21 EAC es manifiestamente inocuo en su contraste con los diferentes apartados del art. 27 CE, pues aseguran en idénticos términos el derecho a la educación. Por lo demás, la referencia del precepto a que la enseñanza pública «es laica» sólo significa, como se deduce de su tenor literal, que la enseñanza pública no es institucionalmente una enseñanza confiada a las confesiones religiosas, sin perjuicio del derecho de las madres y los padres a «que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y

<sup>10</sup> Véase disposición adicional segunda y tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 4 de mayo, de Educación.



moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública», como el propio precepto reconoce en términos plenamente respetuosos con el art. 27.3 CE y con el art. 16 CE. En fin, más allá de su literalidad, la expresa referencia al art. 37.4 EAC incluida en el art. 21.2 EAC disipa definitivamente cualquier riesgo de interpretación sesgada, pues se confirma así de manera expresa que esos concretos derechos no pueden desarrollarse, aplicarse o entenderse «de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución» (art. 37.4). Mucho menos, por tanto, atendiendo a la preocupación de los recurrentes, que afecte a «su núcleo esencial» (STC 31/10, FJ 20.º).

Como respuesta al atrevimiento de afirmar que la enseñanza pública será laica, se añade al apartado 2.º del art. 21 EAAAnd un nuevo párrafo descajado en su contexto y enormemente agresivo, por lo que tiene de discriminatorio respecto de las demás confesiones presentes en la sociedad andaluza que no sean la católica. Concretamente, se afirma que «los poderes públicos de la Comunidad tendrán en cuenta las creencias religiosas de la confesión católica y de las restantes confesiones existentes en la sociedad andaluza» (sic). En este apartado el estatuyente se aparta conscientemente de lo dispuesto en la Constitución. Ésta última afirma que, en el marco del Estado aconfesional, «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española», añadiendo, a modo de constatación, que se «mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones» (art. 16.3 CE). Las diferencias entre uno y otro precepto, pese a ser semántica y sintácticamente significativas, sólo pueden ser interpretadas como expresiones sinónimas, de modo tal que lo reflejado en el Estatuto resulte ineficaz para replantear de un modo distinto las relaciones de los poderes públicos con las distintas confesiones a como quedó determinado en la Constitución. Este apartado del art. 21 EAAAnd ni añade ni altera el marco jurídico en que debe desplegarse el reconocimiento de las creencias existentes en la sociedad por el Estado, y tampoco modifica el grado de cooperación que eventualmente pueda existir (o ser exigido) entre el poder público y las distintas confesiones religiosas. 51

## Artículo 22. Salud

*1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.*

*2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a:*

*a) Acceder a todas las prestaciones del sistema.*

*b) La libre elección de médico y de centro sanitario.*

*c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten.*

*d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico.*

*e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad.*

*f) El consejo genético y la medicina predictiva.*

*g) La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos.*

*h) Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos.*

*i) El acceso a cuidados paliativos.*

*j) La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico.*

*k) Recibir asistencia geriátrica especializada.*

*3. Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.*

*4. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores.*

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20909])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

*a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21059]).*

#### **Artículo 22. Salud**

*1. Se garantiza el derecho constitucional a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.*

2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a:

- a) Acceder a todas las prestaciones del sistema.
  - b) La libre elección de médico y de centro sanitario.
  - c) Ser suficientemente informado antes de emitir el consentimiento para ser sometido a un tratamiento médico.
  - d) No padecer ningún tratamiento o práctica degradante.
  - e) El consejo genético y la medicina predictiva.
  - f) Un plazo máximo para la práctica de un tratamiento.
  - g) Una segunda opinión médica, en el caso de que sea solicitada.
  - h) Recibir tratamientos paliativos.
  - i) Ser informado de todos los derechos que le asisten.
  - j) El acceso a su historial clínico.
3. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en el apartado anterior.

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23667]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23903]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24259]).

### **Artículo 22. Salud**

1. Se garantiza el derecho constitucional a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.

2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a:

- a) Acceder a todas las prestaciones del sistema.
  - b) La libre elección de médico y de centro sanitario.
  - c) Ser suficientemente informado antes de emitir el consentimiento para ser sometido a un tratamiento médico.
  - d) No padecer ningún tratamiento o práctica degradante.
  - e) El consejo genético y la medicina predictiva.
  - f) Un plazo máximo para la práctica de un tratamiento.
  - g) Una segunda opinión médica, en el caso de que sea solicitada.
  - h) Recibir tratamientos paliativos.
  - i) Ser informado de todos los derechos que le asisten.
  - j) El acceso a su historial clínico.
3. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en el apartado anterior.

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 6]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 203]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 254]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 306]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 94]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 23); Aragón (art. 14); Baleares (art. 25); Castilla y León (art. 13.2).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud.
- Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 11/2007, de 26 de noviembre, Reguladora del Consejo Genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía.
- Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 223/2006, FJ 2.º

STC 35/1996, FJ 3.º

STC 32/1983, FJ 2.º

ATC 192/1993, FJ 1.º

ATC 57/2007, FJ 3.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80 (2008), págs.15-53.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: «Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del sistema nacional de salud», en PAREJO, L., PALOMAR, A., y VAQUER, M. (Coords.): *La reforma del sistema nacional de salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs.11-35.

PEMÁN GAVÍN, Juan M.: «El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en derecho comparado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 179 (2009), págs. 37-86.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO ESTATUTARIO. C. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO A LA SALUD. I. La garantía institucional del Servicio Andaluz de Salud. II. Los derechos de los pacientes.

### A. INTRODUCCIÓN

Como ocurre con otros derechos estatutarios, el art. 22 EAAAnd se presenta como el trasunto del principio rector reconocido en el art. 43 CE: <sup>1</sup>

1. Se reconoce el derecho a la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

En la medida que esto ocurre, la norma Estatuto es la expresión legal del desarrollo de esos derechos, pues, como reza el art. 53.3 CE, sólo una vez sean concretados por la ley podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria. El Tribunal Constitucional no ha vetado esta posibilidad, a diferencia de lo que afirmó cuando los Estatutos de autonomía pretendieron erigirse en la ley orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales. Pese <sup>2</sup>

a lo ambigua que en este sentido resulta la STC 31/2010, el Estatuto, parece concluir el Tribunal Constitucional, no es norma impertinente para desarrollar el contenido de los principios rectores constitucionales. En todo caso, el Tribunal Constitucional planteará dos exigencias de carácter necesario para admitir la entrada de derechos en el cuerpo legal estatutario. Ambas, en cualquier caso, son lógicas y naturalmente deducibles del papel que en el ordenamiento constitucional juegan los Estatutos de autonomía como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE). La primera condición tiene que ver con los Estatutos de autonomía como normas creadoras de un concreto ente político con competencias limitadas, pues exige que las obligaciones derivadas de derecho reconocido puedan ser reconducibles a una concreta competencia. La segunda condición se deduce del Estatuto como norma territorialmente limitada, pues limita la vinculación de los derechos a los poderes estatutariamente establecidos, sin que quepa deducir de los mismos obligaciones que de algún modo alcancen la esfera de los poderes públicos del Estado o de otra Comunidad Autónoma.

- 3 Sobre esta segunda condición se pronuncia el art. 38 EAAAnd cuando afirma: «[...] y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces [...]». Respecto de la primera, señalaremos las competencias recogidas en el art. 55 EAAAnd, del cual, pese a su extensión, reproducimos la parte que aquí nos interesa:

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como en el marco del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución la ordenación farmacéutica. Igualmente le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia. 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria. 3. [...]. 4. La Comunidad Autónoma participa en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública con arreglo a lo previsto en el Título I.

- 4 Superado el test de constitucionalidad, pues la amplitud de las competencias asumidas por la Comunidad no deja lugar a dudas, puede afirmarse que el derecho a la salud estatutariamente reconocido es el medio a través del cual se manifiesta el desarrollo o concreción del principio constitucional en el que se reconoce el derecho a la salud. Principios que, como los derechos fundamentales, aunque éstos en menor medida, sí quedan afectados por la distribución territorial del poder político. De forma tal que, descontando las competencias que se reserva el Estado y que están recogidas en el art. 149.1.16.<sup>a</sup> CE<sup>1</sup>, las diferencias que en el terreno de los derechos en el ámbito de la salud puedan existir entre las distintas comunidades autónomas van a estar determinadas

<sup>1</sup> «Sanidad Exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 149.1.16.<sup>a</sup> CE).

desde la misma norma de cabecera fundacional de cada Comunidad Autónoma<sup>2</sup>. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que el Estado no haga uso de su competencia exclusiva primera (art. 149.1.1.ª CE) y proceda a regular 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. Competencia que, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha circunscrito, si bien de manera implícita, a la regulación de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos fundamentales, excluyendo en consecuencia que los potenciales derechos integrados en los principios rectores entren en el campo de acción de la competencia de armonización que para el ejercicio de los derechos se reserva el Estado. Ocurre, sin embargo, que la acción del legislador estatal ha estado por encima de estas consideraciones y no ha dudado en ejercer sus competencias sin necesidad de justificación. Como veremos, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, lleva por título «Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica». En esta ley, como veremos, ya se contemplan y desarrollan algunos de los derechos posteriormente reconocidos a nivel estatutario.

## B. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO ESTATUTARIO

Antes de abordar el contenido del derecho a la salud tal y como ha sido reconocido por el poder estatuyente andaluz, haremos alguna consideración necesaria sobre el estatuto jurídico del mismo. Como ahora se tratará de demostrar, la propia prefiguración del derecho deja demasiado margen al legislador estatuido, reduciendo en consecuencia su propia virtualidad jurídica. No obstante, y más allá del dictado del derecho comentado, el estatuto jurídico de los derechos estatutarios impide una minusvaloración radical del contenido de los bienes estatutariamente protegidos. 5

Todo comienza cuando se observa lo que, con un mayor énfasis de lo que es habitual en la redacción de otros derechos del Capítulo II del Título I del Estatuto, se recoge en el apartado 4.º del art. 22 EAAnd. Hay allí una remisión al legislador lo suficiente amplia como para dudar de que estemos en presencia de un auténtico derecho estatutario. Concretamente, en el citado apartado 4.º se afirma que «con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores». Términos, condiciones y requisitos que, de no estar establecidos por el legislador, dificultarán como veremos, y mucho, el ejercicio de los derechos por los particulares, pues dejarán en la nebulosa el contenido de la obligación que para la Administración Pública sanitaria supone la existencia de estas expresiones del genérico derecho a la salud. 6

---

<sup>2</sup> Valga como ejemplo de esta disparidad lo dispuesto en el art. 23 EAC en comparación con lo reconocido en el Estatuto andaluz: «*Derechos en el ámbito de la salud*. 1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley. 2. Los usuarios de la sanidad pública tienen derecho al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de médico o médica y de centro sanitario, en los términos y las condiciones que establecen las leyes. 3. Todas las personas, con relación a los servicios sanitarios públicos y privados, tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos necesarios para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen por ley», (art. 23 EAC). Véanse., igualmente, art. 25 EAIB, art. 14 EAAr y art. 13.2 EAEL.

- 7 La causa de la necesidad de la *interpositio legislatoris* viene recocida, además de en el propio art. 22 EAAnd, en el art. 38.1, precepto éste último que, como se sabe, contiene el estatuto jurídico de los derechos estatutarios: «[...] los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces [...]. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos». Resulta arriesgado, visto los términos en que se expresa el Estatuto, establecer una comparación directa entre los derechos fundamentales estatutarios y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Basta observar que si de los segundos ha de predicarse en todo caso su vinculatoriedad inmediata, de los primeros no se deduce inmediatamente. Los derechos estatutarios se presentan así como derechos técnicamente inacabados, pues sólo tomarán forma y cuerpo una vez se atienda por el legislador ordinario el mandato para que regule las condiciones de ejercicio y disponga los medios necesarios para su disfrute.
- 8 Esta conclusión debe sin embargo ser matizada a la vista de la aseveración de que los derechos reconocidos en el reiterado Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos. Lógicamente una vinculación así descrita carecería de sentido si para poder ejercer el derecho, en todo caso, hubiese que esperar al desarrollo que del derecho se hiciese por ley. Habrá, pues, que reconocerles a los derechos estatutarios, aunque ello pueda dar lugar a contradicciones a veces insalvables, esta doble vinculación. De un lado son derechos cuya exigencia debe poder ser inmediatamente reclamada (el propio Estatuto no ha sometido la vigencia de sus derechos a plazo o término alguno, entrando en vigor en todos sus extremos el día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* –Disposición final tercera–). De otro lado son derechos prestacionales que reclaman para su propia efectividad de un alto grado de concreción legal. La remisión al legislador es un mandato insoslayable. Cuestión distinta es la problemática sobre la imposibilidad de control de las omisiones legislativas salvo en los casos de quiebra del principio de igualdad. En esos casos le corresponderá al juez colmar la laguna atendiendo al concreto estado de la normativa existente en el momento de presentación de la demanda.
- 9 Una segunda consideración sobre la capacidad del legislador estatuido para configurar los contenidos del genérico derecho a la salud nos remite a la problemática sobre su contenido esencial («el contenido de los mismos establecido por el Estatuto», en expresión del art. 38.1 EAAnd). Pese a esta garantía, la remisión a los términos, condiciones y requisitos a los que remite el art. 22.4 EAAnd como ingredientes necesarios para determinar el contenido de los derechos a la salud deja un ancho margen de maniobra al legislador para que sea él el que termine acotando el contenido concreto de los derechos. Sin embargo, la garantía del contenido esencial funciona como un límite infranqueable a pesar de esos términos amplios con que el estatuyente ha reconocido la indispensable labor del legislador a la hora de regular el concreto ejercicio del derecho a la salud. Para todos los derechos estatutariamente reconocidos se garantiza así un límite, el derecho mismo, que el legislador debe observar. De la lectura de las distintas leyes de desarrollo debe poder deducirse el reconocimiento de los derechos protegidos a través de los intereses jurídicamente protegidos en la ley. El desempeño de esta actividad de control la desempeña el Tribunal Constitucional como forma mediata de control de constitucionalidad (toda ley autonómica contraria al Estatuto es, mediatamente, una ley contraria a la Constitución, pues es ésta la que garantiza el procedimiento de reforma de



aquél –arts. 147.3 y 152.2 CE–). El problema surge cuando se observa que para proteger el contenido de los derechos estatutarios las minorías políticas en las Asambleas parlamentarias autonómicas carecen de legitimación activa para plantear el recurso de inconstitucionalidad. Imposibilidad que estuvo muy cerca de haber podido existir, pero que no ha vuelto a ser reclamada<sup>3</sup>. Obviamente no existen estos problemas para que el juez pueda plantear, cuando lo estime pertinente, la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. En todo caso, pese a los inconvenientes señalados, la garantía del contenido esencial amplía el número de derechos susceptibles de ser protegidos en sede constitucional. Se abre así un camino ciertamente insospechado a partir del cual los principios rectores pueden empezar a disfrutar de un tratamiento similar al que han venido disfrutando los derechos fundamentales, pues la mutación que los Estatutos operan al hacerlos derechos no es ni puede resultar inocua.

### C. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO A LA SALUD

Se habla con propiedad de los contenidos del derecho a la salud, así en plural, por tratarse de un derecho de medios y no, lógicamente, de resultados. Disfrutar del derecho a la salud no es garantía de que estemos sanos, pues esto dependerá principalmente de las condiciones físicas y genéticas de las que disfrutemos<sup>4</sup>. El derecho a la salud lo que

10

<sup>3</sup> Véase, por todas, lo que al respecto se recoge en el FJ de la STC 223/2006, FJ 2º: «Este Tribunal, sometido exclusivamente a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1.1 LOTC), si la regulación establecida en ésta no resulta contraria a los preceptos constitucionales [a los que no cabe considerar que se opone la concreción de la legitimación de los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad, extremo cuya inclusión en la LOTC concreta la legitimación de los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, reconocida en principio por el art. 162.1 a) CE, conforme a la llamada que hace a dicha Ley Orgánica el art. 165 CE], no puede atender a otra razón que la que resulta del art. 32 en la forma en que este precepto existe en Derecho e interpretando su contenido en los márgenes que le permiten los términos literales de la LOTC. El art. 32.1 LOTC reconoce una legitimación incondicionada para impugnar normas con rango de ley a una serie de sujetos entre los que no figuran los ejecutivos y legislativos autonómicos; a éstos sólo se les confiere, en el apartado 2 del mismo artículo, una legitimación limitada al caso de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley del Estado. El hecho de que un apartado 3, no incluido en el texto promulgado de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, les reconociera también legitimación para impugnar leyes de la propia Comunidad Autónoma acredita, por lo demás, que se consideró en su momento necesario incluir en la Ley un apartado específico a fin de establecer la legitimación que ahora se quiere admitir. No habiendo entrado, finalmente, en vigor ese apartado, su inexistencia en Derecho supone que la regla de los apartados 1 y 2 excluye una interpretación extensiva de su alcance».

<sup>4</sup> Y aunque en ocasiones pudiera ser razonable establecer la conexión, el derecho a la salud no está contenido en el derecho a la vida. En este sentido: «3. La queja por la supuesta vulneración del derecho a la integridad física parte de una inaceptable asimilación de este derecho fundamental (art. 15 CE) con el derecho a la protección de la salud que, enunciado en el artículo 43.1 CE, no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica reconocido en el capítulo tercero del título primero, que puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE), pero que no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales supone el amparo constitucional (art. 53.2 CE). De la STC 35/1996, de 11 de marzo, que invoca el recurrente, en la que enjuicamos la licitud constitucional de la práctica de observaciones radiológicas coactivas sobre la persona de un interno en un centro penitenciario, no puede extraerse la afirmación de la demanda de que el artículo 15 CE "garantiza el derecho a la salud" o "a preservar la salud personal de actos dañosos o perjudiciales". Por el contrario, y sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, de nuestra doctrina se deduce con claridad que no cabe invocar en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante el

reconoce es, por el contrario, el derecho que tenemos a exigir del poder público el que se pongan a nuestra disposición los medios necesarios para que se nos atienda, caso de que nuestra salud se resienta (derechos del enfermo/derechos del paciente); con carácter colectivo, el derecho a que se activen aquellas medidas adecuadas para evitar o prevenir la contracción de enfermedades (derecho a la salud pública). Más recientemente, el derecho a la salud es también el conjunto de ámbitos de libertad y autodeterminación de los que gozan los individuos frente a la Administración sanitaria (derechos frente a la Administración sanitaria). Así pues, no es un derecho sino un elenco de ellos bajo el genérico título de derecho a la salud<sup>5</sup>.

- 11 Por otra parte, el hecho de que los Estatutos desarrollen el más general principio rector no significa que este carezca de contenido alguno. La recepción de ciertos principios rectores a nivel estatutario no sofoca la capacidad de éstos para desplegar su contenido y cumplir así su función constitucional de información de la actividad de los poderes públicos. Más humildemente, lo que la concreción estatutaria de los principios supone es la posibilidad de que estos concretos contenidos deducidos del principio rector puedan ser alegados ante la jurisdicción competente (art. 53.3 CE). El contenido del principio rector a la salud no queda en consecuencia en manos del legislador por más que éste sea estatuyente. Su naturaleza constitucional lo hace resistente tanto para el legislador que lo contravenga como para aquél que, pretendiendo desarrollar íntegramente su contenido, ignore o se muestre indiferente frente a contenidos que pudieran ser deducidos del derecho constitucional a la salud.
- 12 Con mayor razón, cuando es una realidad la presencia del derecho a la salud en varios textos internacionales de derechos humanos. Concretamente, y como ejemplo, citaremos los arts. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966<sup>6</sup>, o el 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) vigente tras la ratificación por todos los Estados del Tratado de Lisboa<sup>7</sup>. Destaca especialmente el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, suscrito el 4 de abril de 1997, el cual entró en vigor el 1 de enero de 2000<sup>8</sup>.

---

expediente de introducir su contenido en el ámbito del derecho a la vida y a la integridad física (ATC 192/1993, FJ 1.º). Como es obvio, no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física» (ATC 57/2007). V., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional Sudafricano, de 27 de noviembre de 1997, comentada en el trabajo de PEMÁN GAVÍN, J. M., 2009, págs. 37-86.

<sup>5</sup> Véanse, entre otros, CANTERO MARTÍNEZ, J., 2008, págs. 15-53, y PEMÁN, J.M., 2009, págs.58-72.

<sup>6</sup> «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad» (art. 12 PIDESC).

<sup>7</sup> «Protección de la salud: Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales» (art. 33 CDFUE).

<sup>8</sup> Dicho convenio establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El convenio se ocupa de la necesidad de reconocer

Más allá de la operatividad o no del mandato hermenéutico contenido en el art. 10.2 CE sobre los derechos insertos en los principios rectores, el derecho internacional, además de ser norma interna supraordenada a la ley estatal, es marco referencial común para la actividad del intérprete estatutario, sea éste político o jurisdiccional.

Ocurre además que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 EAAnd, todas la personas residentes en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la DUDH y demás instrumentos europeos o internacionales de protección de los mismos ratificados por España, en particular los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CDEH) y la Carta Social Europea (lo que es una Carta de derechos previa a la propia o singular del Estatuto, pero que necesariamente están llamadas a conciliarse). Los contenidos estatutarios del derecho a la salud no agotan, pues, los posibles contenidos que puedan ser deducidos del art. 43 CE a través de su interpretación desde el derecho comparado o del paso del tiempo (es decir, la concreción estatutaria del derecho a la salud es a lo sumo una foto fija de la idea que de ese concreto derecho se tiene en un momento histórico concreto. La operación de concretización, saltar del principio a las reglas, no supone en ningún caso la derogación del principio.

Los contenidos del derecho a la salud reconocidos en el Estatuto tampoco van a ser los únicos desde una perspectiva interna. La competencia básica que se reserva el Estado en materia de salud, junto con su capacidad para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, permite al Estado entrar a concretar, a la par que los Estatutos, los derechos que se integran en el genérico derecho a la salud. Como veremos, algunos de los ámbitos de libertad o prestación establecidos estatutariamente han sido ya reconocidos en leyes del Estado. Esta situación determina que el contenido de los derechos estatutarios será, como mínimo, el declarado por el legislador estatal, pudiendo el legislador de desarrollo estatuido ofrecer una protección más amplia. El derecho a la salud no sólo no nace con el Estatuto, sino que su interpretación estará condicionada por lo que sobre el mismo decida el Estado con carácter general. El legislador básico estatal puede hacer uso de las competencias referidas para establecer un modelo de asistencia sanitaria común para todos y elevado en cuanto a las prestaciones que brinde<sup>9</sup>. Así pues, la interpretación de los derechos estatutarios en el ámbito de la salud deberá ser hecha atendiendo al contenido propio del art. 43 CE, a lo que sobre la salud dispongan los tratados y convenios ratificados por España en estas materias y a la legislación básica que en su ámbito haya aprobado el legislador estatal.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar los contenidos que el estatuyente andaluz de 2007 ha decidido incluir en el ámbito del genérico del derecho a la salud. Una clasificación operativa y funcional de dichos contenidos debe arrancar, en primer lugar, del reconocimiento de un sistema sanitario público de carácter universal como la garantía institucional que va a hacer posible la prestación del resto de derechos en materia de salud. En segundo lugar, abordaremos los derechos de los usuarios desde

---

los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas.

<sup>9</sup> Por todos, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., 2004, págs.11-35.

una perspectiva general, para a continuación centrarnos en los derechos de los pacientes, es decir, en los ámbitos de libertad o de prestación de los sujetos sometidos a tratamiento médico. Y, por último, nos haremos eco del mandato estatutario que conmina a los poderes públicos a elaborar y poner en práctica actuaciones y programas sanitarios especiales dirigidos a personas integrantes de grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo o para aquéllas que padezcan enfermedades crónicas o invalidantes.

### I. La garantía institucional del Servicio Andaluz de Salud

- 16 Como medio para dar efectividad al principio rector del art. 43 CE, dice el art. 22 EAAAnd, se garantiza un sistema sanitario público de carácter universal. El reconocimiento de esta garantía institucional resulta posible a la vista de cómo ha sido tratada la cuestión institucional sanitaria desde la época fundacional del Estado autonómico. Fue mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con la que el Estado, haciendo uso de sus competencias básicas en la materia, dispuso la creación de un sistema nacional de salud que se integraría por los sistemas autonómicos de salud<sup>10</sup>. El entramado institucional de la salud quedaba, pues, bajo la responsabilidad de cada Comunidad Autónoma, reservándose el Estado las facultades de dirección –al poder regular sus aspectos básicos– y haciéndose reserva de los instrumentos de coordinación. En virtud de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, se creó el Servicio Andaluz de Salud, organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, responsable de la gestión y administración de los servicios públicos de atención a la salud dependientes de la Junta de Andalucía (esta ley sería sustituida años más tarde por la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía).
- 17 Más allá del hecho anecdótico del reconocimiento estatutario de una garantía institucional que ya existe –lo que puede legítimamente llevar a interrogarse sobre la verdadera intención de su reconocimiento en la norma estatutaria (blindaje de sistema sanitario público)–, la verdadera cuestión que dicha garantía constitucional plantea es si los andaluces, con independencia del reconocimiento estatutario, tendríamos derecho o no a la existencia de un sistema público sanitario en virtud de lo dispuesto en el art. 43 CE. Es decir, nuestro interrogante apunta a una cuestión que, a la vista de la Carta estatutaria de derechos, vuelve a poner sobre el tapete, no ya la redundancia de ciertos derechos estatutarios, sino la misma posibilidad de que desde los derechos estatutarios se esté forzando una determinada política pública del Estado. En este caso, además, el problema se agrava si se tiene presente la reserva de competencia que sobre esta materia tiene el Estado en virtud del art. 149.1.16.<sup>a</sup> CE. En cualquier caso, es obligado observar que el art. 22 EAAAnd no habla de un servicio andaluz de salud, sino, en concreto, de un sistema sanitario público de carácter universal como garantía institucional necesaria para dar cumplida vigencia al derecho contenido en el art. 43 CE. Este reconocimiento de carácter general sortea así el problema que respecto del derecho a la salud se plantea

---

<sup>10</sup> «En cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado como se establece en los artículos siguientes bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma» (art. 50 de la Ley 14/86, General de Sanidad, de 25 de abril). Más recientemente fue aprobada la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud.

desde una perspectiva competencial, pues el art. 22.1 EAAnd no hace más que reiterar el mandato que se infiere de aquel precepto constitucional y al que los poderes públicos vienen obligados a dar satisfacción.

18  
Conviene en este sentido recordar que la expresión «sistema sanitario público» está traída de lo que en su día dispuso la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, en su Título VII. Según su propia Exposición de motivos: «El Sistema Sanitario Público de Andalucía es concebido como el conjunto de recursos, medios y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma o vinculados a las mismas orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud a través de la promoción, la prevención y la atención sanitaria. Junto a esto se definen sus características fundamentales, que dejan absolutamente clara y sin resquicio alguno la voluntad del legislador de reforzar la coordinación, la tutela y el control público del Sistema». La circunstancia de que en el art. 22 EAAnd no se califique al sistema sanitario público de «andaluz» refuerza la voluntad del estatuyente de respetar el espacio competencial que en este terreno se reserva el Estado. Así pues, el reconocimiento de la garantía institucional de un sistema público de salud, en los términos en que se realiza, es un intento territorial de desarrollar el principio rector del derecho a la salud con la aquilatada intención de dotar de garantía jurisdiccional a una institución ya existente, pero que en virtud del mandato rector contenido en el art. 43 CE no podría no existir.

19  
La garantía de un servicio público de salud no sería problemática si no fuesen los derechos estatuarios normas destinadas a vincular exclusivamente al poder público andaluz y no tuviesen como límite absoluto la alteración de la distribución de competencias configurado por las normas integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 13 EAAnd). En la medida que en materia de salud el Estado se reserva la competencia de bases y coordinación, el Estatuto no puede consagrar como garantía del derecho aquellos institutos sobre cuya existencia y organización la voluntad del Estado puede y debe poder querer manifestarse, aunque sólo sea a título básico<sup>11</sup>. Por tanto, los términos que se emplean en el art. 22.1 EAAnd deben ser interpretados como un mero ejercicio interpretativo de los contenidos propios del derecho constitucional a la salud tal y como aparece reconocido en el art. 43 EAAnd. Con todo, la existencia de un sistema nacional de salud integrado por los distintos sistemas autonómicos nos evita tener que llegar más lejos en nuestras consideraciones.

---

<sup>11</sup> Entre las competencias que asume la Comunidad Autónoma andaluza en materia de salud, sanidad y farmacia no aparece la de creación del servicio público de salud. Concretamente, el art.55 EAAnd se expresa en los siguientes términos: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como en el marco del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución la ordenación farmacéutica. Igualmente le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia». Al Estado le corresponde, según la jurisprudencia constitucional: «En conclusión: corresponden al Estado en materia de sanidad interior las bases, la coordinación general y la alta inspección, y al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución sin perjuicio de sus respectivas competencias de legislación y de ejecución sobre productos farmacéuticos y de la competencia organizativa interna de la Comunidad sobre los servicios relacionados con estas materias», STC 32/1983, FJ 2.º

## II. Los derechos de los pacientes

- 20 La obsesión por el «blindaje» tiene en el elenco de los derechos del paciente recogidos en el art. 22.2 EAAnd un muy buen testimonio. La mayor parte de los derechos allí reconocidos ya disfrutaban de eficacia a través de distintas leyes y convenios. En ocasiones, como ahora veremos, se da la circunstancia de que un mismo ámbito de libertad o prestación tiene o va a tener triplicada su presencia en el ordenamiento, y todo ello sin que una y otra manifestación jurídica aporten nada nuevo al ámbito protegido por el derecho. La entrada en vigor del Estatuto, y con él el reconocimiento de los derechos en el ámbito de la salud, va a tener necesariamente consecuencias. La posición que ocupa el Estatuto en el ordenamiento jurídico, el propio estatuto jurídico de los derechos estatutarios y la reserva de ley que como garantía incorpora el Estatuto para la concreción de los términos, condiciones y requisitos en el ejercicio de los derechos, acabarán por afectar al hasta ahora reconocimiento por ley de los derechos que conforman la protección de salud.
- 21 El Estado, haciendo uso de sus competencias en la materia (señaladamente en virtud del art. 149.1.1.ª y 16.ª CE), con carácter básico, fijó ya en la Ley General de Sanidad de 1986 gran parte de los derechos que hoy aparecen en el art. 22.2 EAAnd. Concretamente, se contienen en los arts. 9 y 10 de la citada ley: a) derecho de acceder a las prestaciones del sistema [art. 9 y 10.2 LGS/art. 22.2.a) y c) EAAnd]; b) respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad [art. 10.1 LGS/art. 22.2.b) EAAnd]; c) derecho a la confidencialidad de los datos relativos a la salud –el Estatuto añade la reserva sobre las características genéticas– [art. 10.3 LGS/art. 22.2.j) EAAnd] y derecho a la elección de médico y centro sanitario [art. 10.13 LGS/art. 22.2.b) EAAnd]. La citada ley reconoce otra serie de derechos no recogidos en el Estatuto y viceversa. Más recientemente ha sido aprobada con el mismo carácter básico la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En esta ley se desarrolla, muy pormenorizadamente, el derecho estatutario [art. 22.2.d)] a ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico. El derecho estatutario a la garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos ha sido reconocido en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003<sup>12</sup>.
- 22 Por su parte, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, dedica todo su Título II a concretar los derechos de los ciudadanos ante la Administración sanitaria andaluza. Dicho título completa y desarrolla los contenidos de la Ley General de Sanidad sobre derechos y obligaciones de los ciudadanos ante los servicios sanitarios. En esta ley, además de reconocerse más específicamente el derecho a la libre elección de médico y especialista remitiendo su desarrollo a lo que reglamentariamente se determine [art. 22.2 b) EAAnd], se garantiza, en el ámbito territorial de Andalucía, el

<sup>12</sup> «Garantías de tiempo. 1. En el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco. 2. Quedan excluidas de la garantía a la que se refiere el apartado anterior las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe» (art. 25 LCCSNS).

acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo [art. 22.2.g) EAAnd]. Para este último caso se vuelve a remitir a lo que respecto a los términos y plazos se determine reglamentariamente (art. 6.1.1.º y m LSA, respectivamente). Asimismo, se reconoce en esta ley el derecho estatutario a disponer de una segunda opinión facultativa sobre los procesos [art.6.1.p LSA/art. 22.2.h) EAAnd].

Así pues, entre lo dispuesto en la normativa básica estatal y la legislación de desarrollo andaluza, prácticamente todos los derechos reconocidos en el apartado 2.º del art. 22 EAAnd ya habían sido reconocidos en favor de los usuarios de los sistemas de salud. Todos estos derechos, configuraciones legales del derecho constitucional a la protección de la salud, ganaban el estatus de derechos accionables ante el juez, es decir, adquirirían la forma de derechos subjetivos en toda su dimensión. El hecho de que una buena parte de los mismos hayan sido inscritos en el elenco de derechos estatutarios no ha podido responder a otra lógica que no sea la de blindarlos frente al propio legislador estatuido que, hasta ahora, los ha venido reconociendo y ampliando. La voluntariosa empresa pierde parte de su sentido cuando se demuestra que buena parte de los citados derechos nacen, como acabamos de ver, por la voluntad estatal de igualar a todos los españoles en el ejercicio de los derechos en el ámbito de la salud, terreno este sobre el que la Constitución no permanece muda al reconocer el derecho a la protección a la salud como principio rector. Protección que, en el estado actual de la ciencia médica y biológica, debe salvaguardar al individuo frente incluso a los medios de que se dispone actualmente para recuperar la salud.

23

No obstante, elevar a la categoría de Estatuto concretos derechos, aunque ya hubiesen sido reconocidos, en el ámbito de la salud, tiene la virtud de blindarlos frente a cualquier intento de reducción o eliminación por parte del poder político de turno, además de impedir una configuración legal de su contenido que los privara de sentido. Los derechos ganan en resistencia frente a todos los poderes públicos derivados, pues forman parte de la idea de poder político que el estatuyente proyecta en la norma estatutaria. Control jurisdiccional de la ley frente a los actos que los conculquen y control de constitucionalidad de ley autonómica que los menosprecie o ignore pasan a formar parte del núcleo de garantías de unos derechos cuyo existencia dependía hasta entonces de la voluntad de legislador (con las salvedades a este respecto antes apuntadas).

24

Los dos únicos derechos de los once que integran el apartado segundo del art. 22 EAAnd y que no tienen una previa acogida en la ley son: el derecho al consejo genético y la medicina predictiva y el derecho a acceder a cuidados paliativos (letras *f* e *i* respectivamente). Ambos, mostrando así el legislador andaluz una diligencia digna de encomio, han sido desarrollados mediante sendas leyes con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía, quiere decirse en cumplimiento del mandato estatutario. La primera es la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, Reguladora del Consejo Genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía. En esta ley se regula en el art. 11 y ss lo relativo al consejo genético, su gestión y sus garantías. La segunda es la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte. En el Título II de esta última se regula el régimen jurídico del derecho a los cuidados paliativos.

25

- 26 Resulta oportuno señalar que, salvo para estos dos últimos casos, la reserva de ley contenida en el art. 22.4 EAAnd invalida gran parte de la legislación antes citada. El mandato estatutario para que sea la ley la que establezca los términos, condiciones y requisitos de los derechos previstos en el art. 22 EAAnd impide, como ahora ocurre, que la ley desplace hacia el reglamento el desarrollo integral de tales extremos. Como acaba de exponerse, en la medida en que las vigentes leyes remiten a una regulación reglamentaria posterior las condiciones de ejercicio de los citados derechos, es posible afirmar la necesidad que existe, a la vista del mandato estatutario, de reformar la Ley de Salud de Andalucía, al objeto de regular allí los términos, condiciones y requisitos que podrán exigirse para el ejercicio de los derechos. La garantía institucional que el Estatuto reconoce no faculta al representante democrático a delegar en el poder ejecutivo la que es su obligación. Sin embargo, de los términos de la ley deberán poder deducirse los requisitos esenciales y generales, pudiendo trasladarse el resto de la regulación a los reglamentos de desarrollo.



**Artículo 23. Prestaciones sociales**

*1. Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales.*

*2. Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20910])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21060]).

**Artículo 23. Prestaciones sociales**

*1. Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de los servicios sociales de carácter público.*

*2. Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto por ley.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23667]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23903]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24259]).

**Artículo 23. Prestaciones sociales**

*1. Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales.*

*2. Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 6-7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 203]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 255]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 307]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 95]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (arts. 24.1 y 24.3); Comunitat Valenciana (art. 15); Aragón (arts. 23.1 y 23.2); Baleares (arts. 16.1 y 21); Castilla y León (arts. 13.3 y 13.9).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.

- Decreto 49/1986, de 5 de marzo, por el que se crean los servicios sociales comunitarios - Decreto 11/1992, de 28 de enero, que establece la naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios.
- Decreto 87/1996, de 20 de febrero, modificado por Decreto 102/2000, de 15 de marzo, por el que se regula la autorización, registro y acreditación de los Servicios Sociales de Andalucía.
- Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad.
- Decreto 203/2002, de 16 de julio, que regula el sistema de financiación de los servicios sociales comunitarios.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 254/1993, FJ 6.º

STC 247/2007, FJ 15.º

STC 31/2010, FJ 16.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

FRANKENBERG, Günter: «Why Care? - The Trouble with Social Rights», en *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5 (1996), págs. 1365-1390.

HÄBERLE, Peter: *Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus*, EuGRZ 2006, págs. 533-540.

LISTER, Ruth: *Citizenship. Feminist Perspectives*. Palgrave, New York, 1997.

MARSHALL, T.H.: «Citizenship and Social Class» (1949), en *Sociology at the Crossroad and Other Essays*, Heinemann, London, 1963, págs. 67-127.

MEDINA GUERRERO, Manuel: «El sistema competencial de la Junta de Andalucía (1): Planificación y desarrollo económico. Educación y cultura», en *El sistema competencial de la Junta de Andalucía y su desarrollo efectivo*, Parlamento de Andalucía, Albolote (Granada), 2003, págs. 3-29.

MONTOYA MELGAR, Alfredo: «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Ley de Dependencia», en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): *La Protección de las Personas Dependientes*, Thomson-Cívitas, Pamplona, 2007, págs. 87-127.

RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel, y SORIANO DÍAZ, Ramón: «A modo de presentación. La renta básica: ¿Una propuesta justa, razonable y posible?», en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I época, vol. 5 (2010), págs. 189-198.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149 (2010), págs. 87-122.

SÁENZ ROYO, Eva: «Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las CC AA», en EMBRID IRUJO, A. (Dir.): *Derechos Económicos y Sociales*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 25-66.

—: «Las relaciones intergubernamentales en España: Las relaciones de cooperación intergubernamental en la Ley de Dependencia: Un paso sustantivo hacia el federalismo cooperativo», en VV.AA.: *Los caminos del federalismo*, Fundación Giménez Abad, 2010 (en prensa).

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL DERECHO ESTATUTARIO A ACCEDER A LAS PRESTACIONES DE UN SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES. C. EL DERECHO ESTATUTARIO A UNA RENTA BÁSICA. D. REFLEXIONES FINALES.

### A. INTRODUCCIÓN

<sup>1</sup> El art. 23 EAAAnd reconoce el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales y a una renta básica, como piedras de toque de un Estado del bienestar en el marco de un sistema descentralizado de asistencia social. En este artículo se dan cita dos de las tendencias que informan la configuración de nuestro Estado autonómico. La primera consiste precisamente en la descentralización de la asistencia social<sup>1</sup>. El art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE recoge la asistencia social entre las competencias de las comunidades autónomas, competencia que ya asumía el EAAAnd de 1981 (art. 13.22) y que, con terminología diversa, asumen los Estatutos de todas las comunidades autónomas de forma genérica (como «asistencia social», expresión utilizada por el art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE, «bienestar social» o «servicios sociales»<sup>2</sup>) y, en su caso, también en relación a algunos colectivos sociales que se perciben como especialmente vulnerables. En esta línea, el EAAAnd de 2007 asume competencias exclusivas en materia de asistencia social, cifrada en términos de servicios sociales y asistencia a personas y colectivos en situación de necesidad social o necesitadas de protección especial, con referencia específica a los menores, las familias y la infancia (art. 61), y la juventud (art. 74). Y en esta línea, el art. 23 EAAAnd reconoce un derecho estatutario a esos servicios.

<sup>2</sup> La segunda tendencia es la introducida por los Estatutos de Autonomía reformados desde 2006, consistente en el reconocimiento de derechos estatutarios de contenido social<sup>3</sup>. El art. 23 EAAAnd reconoce, en efecto, el acceso a las prestaciones de los servicios sociales autonómicos y a una renta básica, como derechos de rango estatutario. Ciertamente, los derechos estatutarios son una categoría jurídica en buena medida aún por perfilar. El Tribunal Constitucional parece tener claro el alcance de estos derechos. Tiene claro, para empezar, que sólo vinculan a los poderes públicos autonómicos

<sup>1</sup> El incremento de la complejidad social ha resultado en un crecimiento de la demanda de asistencia social y de la intervención del Estado central en este terreno. Sobre la articulación competencial de esta intervención del Estado, véase el art. 61 EAAAnd *infra*.

<sup>2</sup> Sobre esta diversidad terminológica, véanse MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), 2007, pág. 104, y SÁENZ ROYO, E., 2010 (en prensa).

<sup>3</sup> Sobre el carácter social de la práctica totalidad de los derechos estatutarios, véase MEDINA GUERRERO, M., 2008, págs. 2-3.

(STC 31/2010, FJ 16.º). Y tiene claro, además, que en la medida en que no se limiten a reproducir un derecho fundamental reconocido en la Constitución española, como es el caso de los derechos que nos ocupan, los derechos estatutarios «deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto» a la comunidad autónoma en cuestión (STC 247/2007, FJ 15.º; véase también la STC 31/2010, FJ 16.º). Esta condición la satisface el art. 23 EAAnd. En efecto, los derechos que éste reconoce conectan con las competencias exclusivas que el Estatuto asume en materia de servicios sociales y prestaciones con finalidad asistencial (art. 61 EAAnd).

Lo que el Tribunal Constitucional no ha acabado de perfilar es la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, y su correspondiente eficacia. En su sentencia 247/2007 (FJ 15.º), el Tribunal subordinó la plena eficacia de estos derechos al «ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia»; «sólo entonces», entendió el Tribunal Constitucional, «se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos». La STC 31/2010 (FJ 16.º), por su parte, parece admitir, no sin ambigüedades, que aunque algunos derechos estatutarios dependen para su plena eficacia de la *interpositio legislatoris*, en la medida en que tienen contenido prestacional, la categoría de derechos estatutarios puede dar cobijo a verdaderos derechos subjetivos, directamente vinculantes y reclamables ante los tribunales de justicia. Sin duda, esta doctrina del Tribunal Constitucional tiene aún que ser perfilada. No parece, en efecto, que hayamos oído aún la última palabra del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, incluidos aquéllos de contenido prestacional. Entre éstos se encuentran los recogidos en el art. 23 EAAnd, cuya concreción depende en buena medida de su desarrollo legislativo, bien por su contenido (art. 23.1), o bien por remisión expresa a la ley (art. 23.2).

A falta de mayor concreción, podemos afirmar que, como poco, el art. 23 EAAnd integra en el bloque de la constitucionalidad un mandato al legislador autonómico de articular un sistema de servicios sociales y un sistema de renta básica, y de garantizar el acceso de todas las personas a los primeros y a la segunda. Como mucho, el art. 23 reconoce el derecho a reivindicar de los poderes públicos andaluces, si no una renta básica, cuya reivindicación el art. 23.2 subordina expresamente a su desarrollo legislativo, sí prestaciones sociales, siempre, claro está, en la medida en que éstas puedan efectivamente ser directamente reclamables (véase la STC 254/1993, FJ 6.º).

## B. EL DERECHO ESTATUTARIO A ACCEDER A LAS PRESTACIONES DE UN SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES

Si los derechos sociales son piedra de toque del Estado democrático de derecho, por su carácter instrumental en la articulación de la igualdad de oportunidades para participar en los procesos deliberativos que lo sustentan (HÄBERLE, P., 2006, págs. 533-534), y para el disfrute de los demás derechos (FRANKENBERG, G., 1996, págs. 1381-1390), el acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones que forman parte de un sistema público de servicios sociales es instrumental en el disfrute de todos los derechos, incluidos los derechos sociales e incluido el derecho a la participación en asuntos públicos. Al garantizar el igual acceso de todas las personas a las prestaciones de dicho sistema de servicios, nuestro Estatuto de Autonomía está pues asumiendo el mandato que el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos de garantizar las condiciones

para la igual participación de todas las personas en todas las dimensiones de la vida pública.

- 6 Este mandato fue ya objeto de desarrollo legislativo en nuestra Comunidad Autónoma bajo el Estatuto de 1981. Destaca la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía (en adelante LSS), destinada a organizar a regular y garantizar un sistema público global, coordinado y participativo de servicios sociales «que ponga a disposición de las personas y de los grupos en que éstas se integran recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo, así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a su marginación» (art. 1)<sup>4</sup>. Todo ello, con base en las competencias que Andalucía asumía entonces en materia de «sanidad, educación, asistencia y servicios sociales, desarrollo comunitario, régimen local, ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, deporte y ocio, cultura, seguridad social, así como autoorganización» (Exposición de motivos). Entre las áreas de actuación de esta ley se encuentran la atención a la familia, la integración y participación de la tercera edad, de las personas con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales y de drogodependientes, con el objeto de posibilitar su integración social, promoviendo y favoreciendo la prevención y rehabilitación integral (arts. 6 y 11). A la LSS se unen la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores (v. el art. 19 *supra*) y la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (v. el art. 24 *infra*), además de una serie de decretos y órdenes<sup>5</sup>.
- 7 El art. 23 EAAnd ha venido a superponerse a este entramado normativo. Al hacerlo, ha elevado a la categoría de derecho estatutario la posibilidad de acceder al sistema público de servicios sociales que en él se articula en condiciones de igualdad. Posiblemente ha elevado a derecho estatutario el acceso a prestaciones sociales más allá de las previsiones de dicho sistema, siempre en la medida en que se trate de prestaciones reclamables ante los poderes públicos andaluces sin necesidad de ulteriores desarrollos normativos (v. la STC 254/1993, FJ 6.º). Que esto sea o no así dependerá, como ya antes señalaba, del sentido en el que el Tribunal Constitucional continúe perfilando la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios.

### C. EL DERECHO ESTATUTARIO A UNA RENTA BÁSICA

- 8 En los últimos años ha ido ganando terreno la propuesta de una asignación monetaria básica e incondicional para toda la ciudadanía, posiblemente también para residentes, lo

<sup>4</sup> Estos servicios se dividen en comunitarios (que «constituyen la estructura básica del sistema público de servicios sociales de Andalucía» –art. 7–) y especializados (que «se dirigen hacia determinados sectores de la población que por sus condiciones o circunstancias necesitan de una atención específica» –art. 11–). El art. 20 LSS crea «el Instituto Andaluz de Servicios Sociales (IASS)».

<sup>5</sup> Véanse, entre otros, el Decreto 49/1986, de 5 de marzo, por el que se crean los servicios sociales comunitarios; el Decreto 11/1992, de 28 de enero, que establece la naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios; el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, modificado por el Decreto 102/2000, de 15 de marzo, por el que se regula la autorización, registro y acreditación de los Servicios Sociales de Andalucía; el Decreto 203/2002, de 16 de julio, que regula el sistema de financiación de estos servicios; la Orden de 3 enero 2000, que deroga la Orden de 24 de marzo de 1994 y regula la cooperación con las diputaciones provinciales y los ayuntamientos de municipios con población superior a los veinte mil habitantes, pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de servicios sociales comunitarios –véanse también los arts. 19 *supra* y 24 EAAnd *infra*–.

que se conoce como renta básica –o ingreso ciudadano o pensión ciudadana, entre otras denominaciones–. La propuesta consiste en conceder a toda la ciudadanía, a título individual y de forma incondicionada, con independencia, en concreto, de cuáles sean las necesidades materiales de las personas destinatarias y de cuál sea o haya sido su relación con el mundo laboral, un ingreso monetario básico para funcionar como ciudadana/o activa/o en un estado democrático participativo. Todo ello con el objetivo de construir un modelo de ciudadanía desvinculado de la figura del ciudadano trabajador.

En su construcción moderna, de corte liberal, la ciudadanía se identifica con la titularidad de derechos y se articula en un modelo de pertenencia a lo público que gira en torno al individuo independiente, identificado con el individuo trabajador y diseñado con rasgos simbólica y funcionalmente masculinos (RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2010, págs. 91-97 –v. el art. 167 *infra*–). El modelo de ciudadano moderno es, efectivamente, el hombre trabajador para quien la independencia personal constituye tanto el requisito como el resultado de su integración en el mundo laboral (MARSHALL, T. H., pág. 74 y ss). Es este individuo el que cataliza el grueso de las prestaciones sociales, de las contributivas de la Seguridad Social y de las no contributivas o asistenciales, en la medida en que, al menos en principio, éstas se conciben como prestaciones destinadas a suplir carencias del sistema de Seguridad Social que, en un Estado social basado en el pleno empleo, se entendía, sólo podían ser marginales (SÁENZ ROYO, E., 2009, págs. 39-42 –sobre este tema, v. el art. 61 *infra*–).

La renta básica aspira a romper con este modelo ciudadano. Y lo hace con la propuesta, heredada de la tradición republicana, de que el Estado garantice a sus integrantes un «derecho a la existencia», o una pensión vitalicia destinada a personas mayores de cincuenta años<sup>6</sup>. La renta básica aspira a poner fin a la contradicción que supone que en un Estado democrático participativo existan bolsas de exclusión social de raíces económicas. Se propone para ello redefinir la ciudadanía en términos que desvinculen la dignidad ciudadana del empleo, desestigmatizando la percepción de ayudas públicas y revalorizando formas de participación en la cosa pública ajenas a la lógica laboral y del beneficio económico. El objetivo de la renta básica es, en definitiva, romper con el modelo de ciudadano trabajador para abrazar una visión de la ciudadanía activa más amplia, en la que la capacidad de todas y de todos de participar en los designios del Estado deje de valorarse con base en parámetros exclusivamente económicos y aparezca articulada mediante la garantía de un mínimo vital individual, incondicional y universal<sup>7</sup>.

De este objetivo parece hacerse eco el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 al reconocer en su art. 23.2, en sintonía con los demás Estatutos reformados desde el año 2006, un derecho a percibir de los poderes públicos una renta básica «con arreglo a lo dispuesto en la ley» (v. el art. 15. EAV, el art. 24.3 EAC, el art. 21 EAIB, el art. 23.1 EAAR y el art. 13.9 EAEL). Sin embargo, y en línea también con otros Estatutos de Autonomía, el art. 23.2 EAAR no reconoce un derecho universal a

<sup>6</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, D., y SORIANO DÍAZ, R., 2010, págs. 191-192, citando a Robespierre y a Thomas Paine.

<sup>7</sup> Sobre los argumentos éticos y pragmáticos que alimentan el debate en torno a la renta básica, véanse RAVENTÓS PAÑELLA, D., y SORIANO DÍAZ, R., 2010, pág. 190 y ss.

percibir esta renta, sujeto siempre a su regulación legal, sino a percibirla sólo «en caso de necesidad» –necesidad que otros Estatutos de Autonomía cifran en términos de pobreza o de exclusión social (v. el art. 15. EAV, los arts. 24.3 y 21 EAIB, el art. 13.9 EACL; y como contraste, v. el art. 23.1 EAAr)–. Nuestro Estatuto de Autonomía reconoce pues el derecho a una renta básica, sí, pero en términos que nos alejan de la universalidad e incondicionalidad características de la renta básica concebida como prestación de ciudadanía. Antes bien, reconoce el derecho a una renta básica como prestación subordinada a criterios de necesidad, en la línea de las prestaciones asistenciales no contributivas.

- 12 El art. 23.2 sigue en este punto la línea de la normativa aprobada en nuestra Comunidad Autónoma bajo la vigencia del Estatuto de Autonomía de 1981. Así, ya el Programa de Solidaridad para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, diseñado en el Decreto 400/1990, de 27 de noviembre, preveía un Ingreso Mínimo de Solidaridad dirigido a la integración de lo que el programa denominaba «capas marginadas de la sociedad andaluza» (Exposición de motivos), identificadas en función de su nivel de ingresos (art. 1). La filosofía de este programa era integrar a esas capas marginadas en la ciudadanía activa de nuestra Comunidad Autónoma mediante medidas de inserción, como la educación permanente y formación profesional de adultos y jóvenes, la participación en empleos públicos temporales, o el acceso a vivienda pública en alquiler gratuito durante dos años (art. 8). El Ingreso Mínimo de Solidaridad se preveía como una medida asistencial subsidiaria, para los casos en que no fuese posible adoptar medidas concretas de inclusión social activa. Beneficiarias de este programa no eran, por lo demás, las personas, sino las unidades familiares, en concreto las unidades familiares con un nivel máximo de ingresos calculado por referencia al Salario Mínimo Interprofesional, y cuyos miembros hubiesen estado censados como residentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía antes del 1 de junio de 1989 (arts. 1 y 2) –sin perjuicio de que una persona sola pueda constituir una unidad familiar en algunos supuestos (art. 2)–.
- 13 La reforma de este programa, operada por el Decreto 2/1999, de 12 de enero, sobre la base de los compromisos adquiridos en el Decreto 113/1998, de 2 de junio, de creación de la Comisión para la reforma del Decreto 400/1990, de 27 de noviembre, vino a normalizar su dimensión asistencial, posibilitando la convivencia del Ingreso Mínimo de Solidaridad con otras acciones y medidas, que comprenden la inserción en itinerarios profesionales, medidas educativas y el acceso a la vivienda (art. 5). Al igual que en la configuración original del programa, con todo, el acceso a estas acciones y medidas sigue reservado a unidades familiares, y no a individuos –salvo que éstos constituyan una unidad familiar unipersonal. Y al igual que en la configuración original del programa, el acceso a estas acciones y medidas está subordinado a que los miembros de las unidades familiares peticionarias acrediten un nivel máximo de ingresos, calculado por referencia al Salario Mínimo Interprofesional. Todo ello además de haber estado empadronados en un municipio de Andalucía como residentes en un mismo domicilio al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud salvo circunstancias excepcionales (arts. 2 y 6). A cambio, los miembros mayores de edad de estas unidades familiares se comprometen, entre otras cosas, a no rechazar oferta de empleo adecuada, ni cualquiera de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad (art. 11), así como a firmar y cumplir un Compromiso de Inserción si fuesen requeridos



para ello, comprometiéndose a desarrollar actividades que promuevan su integración y responsabilidad familiar en los ámbitos de escolarización, salud y vivienda y su inserción en el mercado laboral (art. 10)<sup>8</sup>. Nos encontramos, en definitiva, ante medidas dirigidas a unidades familiares que viven en circunstancias de marginalidad económica y posiblemente social, y destinadas a promover su inserción social fundamentalmente a través de su inserción en el mercado laboral. Ubicado en el marco de este tipo de medidas, el Ingreso Mínimo de Solidaridad se configura como un modelo de renta de inserción social ni individual, ni universal, ni incondicionado. Más que ante una renta básica de ciudadanía, nos encontramos, pues, ante una ayuda no contributiva de corte asistencial, dirigida a sectores poblacionales cuya exclusión de la ciudadanía se mide en términos de su exclusión del mercado de trabajo, y orientadas, en última instancia, a lograr su inserción social a través de éste.

Tras la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía de 2007<sup>9</sup>, y en cumplimiento del mandato contenido en su art. 23, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía inició la redacción de un anteproyecto de Ley de Inclusión Social en Andalucía. El objetivo es otorgar rango legal a todas las medidas contempladas en el Programa de Solidaridad para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, incluida la regulación de lo que ahora, en consonancia con el art. 23.2 EAAnd, se viene a llamar renta básica<sup>10</sup>. Tal y como aparece diseñada en el anteproyecto, con todo, el perfil de esta renta básica coincide con el del Ingreso Mínimo de Solidaridad, en la medida en que sus destinatarios son unidades familiares cuyos miembros hayan estado empadronados en un mismo municipio en Andalucía al menos con 24 meses de antelación a la fecha de presentación de la solicitud, cuyos ingresos no superen un máximo, calculado sobre un porcentaje del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), y cuyos miembros mayores de edad se obliguen al cumplimiento de un Convenio de Inserción. En el momento de escribir estas líneas, el anteproyecto de Ley de Inclusión Social sigue pendiente de tramitación parlamentaria. 14

#### D. REFLEXIONES FINALES

El art. 23 EAAnd responde a la toma conciencia de la estrecha relación entre el acceso a servicios sociales y el disfrute de derechos fundamentales, incluido el derecho de participación en la vida pública en el marco del estado democrático, entre el acceso a servicios sociales, en definitiva, y la articulación de la ciudadanía en clave social, sobre la base del principio de igualdad. Lo cual conecta con la descentralización de los servicios sociales y el desarrollo autonómico del estado del bienestar, consolidado con el reconocimiento de derechos de contenido social a nivel estatutario. Pero mientras el 15

---

<sup>8</sup> Véase la Orden de 8 de octubre de 1999, por la que se regula el pago del Ingreso Mínimo de Solidaridad establecido en el Decreto 2/1999, de 12 de enero. Estas políticas de inclusión social y otras más fueron objeto de desarrollo en el Plan Andaluz para la Inclusión Social 2003/2006, aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 11 de noviembre de 2003.

<sup>9</sup> Véanse también, a nivel estatal, las proposiciones de ley debatidas en el Congreso de los Diputados el 2 de octubre de 2007 ([http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL\\_288.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_288.PDF)), así como otra publicada en el *BOCG* en 2008

([http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B\\_068-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_068-01.PDF)).

<sup>10</sup> Véase [http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/opencms/system/bodies/Programas\\_Solidaridad/Legislacion/R20071102\\_borrado/LISA\\_30\\_de\\_octubre.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/opencms/system/bodies/Programas_Solidaridad/Legislacion/R20071102_borrado/LISA_30_de_octubre.pdf)

derecho a acceder a las prestaciones de los servicios sociales autonómicos se reconoce sin distorsiones, el derecho a una renta básica se reconoce en términos que lo alejan de la función social ciudadana atribuida a ésta, cual es la atribución a todas las personas, y a título individual, de un mínimo vital, condicionado únicamente a la ciudadanía o residencia, como instrumento central en la construcción de una ciudadanía participativa desvinculada del modelo moderno del ciudadano trabajador. El art. 23.2 EAAnd reconoce el derecho a percibir una renta básica, sí, pero sólo a quien se encuentre en situación de necesidad. De este modo, el art. 23.2 EAAnd matiza de forma importante el modelo liberal moderno de ciudadanía. Lo hace, sin embargo, sin apartarse del perfil laboral de ese modelo, sin sentar las bases para un modelo ciudadano alternativo en cuyo centro se sitúe una construcción de las posibilidades de aportación ciudadana a la cosa pública que vaya más allá de lo laboral –para abarcar, por ejemplo, las labores de cuidado, como sugiere la propuesta de un modelo de «ciudadanía del cuidado» (*careful citizenship*, cifr. LISTER, 1997, pág. 180<sup>11</sup>). Sería interesante que, cuanto menos, el debate en torno al desarrollo normativo del art. 23.2 EAAnd y sus homólogos en otros Estatutos de Autonomía sirviese de plataforma para un debate más amplio en torno al modelo de ciudadanía que queremos sirva de referencia para nuestro Estado del bienestar en el siglo XXI.

---

<sup>11</sup> Sobre este tema, véase RODRÍGUEZ RUIZ, 2010, págs. 98-105, y las referencias incluidas en la nota 37.

**Artículo 24. Personas con discapacidad o dependencia**

*Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20910])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21.054 [pág. 21060]).

**Artículo 24. Personas con discapacidad o dependencia**

*Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas y prestaciones necesarias para su desarrollo personal y social pleno, así como para el ejercicio de todos sus derechos.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23667]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23903]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24259]).

**Artículo 24. Personas con discapacidad o dependencia**

*Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas y prestaciones necesarias para su desarrollo personal y social pleno, así como para el ejercicio de todos sus derechos.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 203]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 255]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 307]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 95]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Comunidad Valenciana (arts. 10.3 y 13.3); Cataluña (arts. 24.2 y 40.5); Aragón (art. 25); Extremadura (art. 7.11 y 15); Baleares (arts. 16.3 y 19); Castilla y León (art. 13.7 y 8).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.
- Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a personas con discapacidad.

- Decreto 11/1992, de 28 de enero, sobre naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios.
- Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 146/1986 (FJ 2.º)

STC 61/1997 (FJ 8.º)

STC 173/1998

STC 247/2007 (FJ 15.º)

STC 31/2010 (FJ 16.º)

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

ARNÁU RIPOLLÉS, Soledad, y GIL GARCÍA, Eva: *Aportaciones a la ley de independencia desde una perspectiva de género*, Universidad Nacional de Educación a Distancia/ Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2007.

([www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/aportaciones\\_ley\\_independencia\\_soledad\\_arnau.pdf](http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/pdf/aportaciones_ley_independencia_soledad_arnau.pdf) - última consulta: 1 de septiembre de 2010).

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario», en *Doctrina Social*, vol. 16 (2008), págs. 3-28.

FRANKENBERG, Günter: «Why Care? – The Trouble with Social Rights», en *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Cardozo Law Review, vol. 17, núm. 4-5 (1996), págs. 1365-1390.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G. (Coords.): *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 9-62.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, y CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen (Coords.): *El estatuto jurídico del cuidador de las personas en situación de dependencia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009.

HURTADO GONZÁLEZ, Luis: «Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales», en *Actualidad Laboral*, núm. 25 (1993), págs. 461-480.

MARSHALL, Thomas H.: «Citizenship and Social Class», en *Sociology at the Crossroads*, Heinemann Eds., London, 1963, págs. 67-127.

MEDINA GUERRERO, Manuel: «Derechos sociales y financiación autonómica», en VV.AA.: *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, págs. 1-31.

MORENO PÉREZ, José Luis et ál.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007.

ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu: «Un estudio de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas con Dependencia», en *Trabajo*, vol. 18 (2006), págs. 89-134.

SÁENZ ROYO, Eva: «Las relaciones de cooperación intergubernamental en la Ley de Dependencia: Un paso sustantivo hacia el federalismo cooperativo», en TUDELA ARANDA, José y KNÜPLING, Félix (Eds.): *España y modelos de federalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

SAMPERE NAVARRO, Antonio V., y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

SUÁREZ CORUJO, Borja: «Dependencia y Estado autonómico: El encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», en *Relaciones Laborales*, núm. 14 (2006-II), págs. 933-953.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA SOCIAL. C. EL ART. 24: ¿A LA SOMBRA DE LA LEY 39/2006? D. MÁS ALLÁ DE LA LEY 39/2006. CUESTIONES ABIERTAS.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 La atención a las personas con discapacidad o que por cualquier otra razón se encuentran en situación de dependencia está marcando la agenda de política social de principios de este siglo XXI. Con ella se trata de abordar los problemas a que se enfrentan personas que, en la definición del Comité de Ministros del Consejo de Europa, «por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria» (Recomendación No. R (98) 9, de 18 de septiembre de 1998, sobre dependencia). La problemática de estas personas, que ciertamente no es nueva, ha adquirido dimensiones sociales, debido tanto a cambios demográficos derivados de la extensión de nuestra expectativa de vida, como a una evolución de los modelos familiares que está poniendo fin a la tradicional privatización de la atención a la dependencia e impulsando su conceptualización como una necesidad social.
- 2 En 1999, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) elaboró un informe sobre «La protección social de la dependencia», y en el año 2000, una Recomendación del Defensor del Pueblo sobre «La atención sociosanitaria en España:

perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos» (Recomendaciones del Defensor del Pueblo e Informes de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología) se refirió a la necesidad de introducir una regulación de la dependencia «coherente, eficaz y eficiente, en el marco del sistema de Seguridad Social». En esta línea, la atención a la dependencia se incluyó como objetivo social en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de la Seguridad Social, de 9 de abril de 2001, y en la modificación de las recomendaciones del Pacto de Toledo de 2004. A estos documentos se sumaron el Libro Blanco de Atención a la Dependencia, de diciembre de 2004, y el Acuerdo sobre la Acción Protectora de la Atención a las Situaciones de Dependencia entre Gobierno y agentes sociales (CC OO, UGT, CEOE y CEPYME), de 21 de diciembre de 2005. A nivel normativo, la Ley cántabra 6/2001, de 20 de noviembre, de Protección a las Personas Dependientes, fue pionera en elaborar una regulación estructurada de la atención a la dependencia. La siguió la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. En 2006, el legislador estatal promulgó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

Sobre la base del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, la Ley 39/2006 vino a regular las condiciones <sup>3</sup> básicas de acceso a la atención a la dependencia en todo el territorio del Estado. Para ello, ha diseñado un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) que aspira a ser universal e integral, abarcando aspectos económicos y socio-sanitarios, y que se ubica en el ámbito de los servicios sociales. Más allá de esas condiciones básicas, la implementación del sistema se pone en manos de las comunidades autónomas, con base en las competencias que, con terminología diversa (MONTROYA MELGAR, A., 2007, pág. 104) todas han asumido en materia de asistencia social (art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE). El resultado es un sistema de cooperación interterritorial. En concreto, la Ley de Dependencia prevé tres niveles prestacionales. El primer nivel, de protección mínima, debe ser establecido por el Estado (art. 9); el segundo nivel debe ser acordado entre el Estado y cada una de las comunidades autónomas a través de convenios (art. 10); el tercer nivel, de protección adicional, podrá ser establecido por cada comunidad autónoma (art. 11.2). Además, la ley prevé la creación del Consejo Territorial del SAAD, encargado de articular la cooperación interadministrativa que está en la base del sistema, y que se concreta en el diseño de su financiación y de su desarrollo normativo. En él participan, de un lado, el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y representantes de los diferentes departamentos ministeriales y, de otro, un representante de cada una de las comunidades autónomas, que deberán ser mayoría (art. 8), pudiendo participar también las entidades locales (art. 12.2).

El EAAAnd de 2007, como los demás Estatutos de autonomía reformados desde el <sup>4</sup> año 2006, incluye una obligación de los poderes públicos de atender a la discapacidad u otras formas de dependencia.

## B. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA SOCIAL

El art. 24 EAAAnd reconoce a las personas con discapacidad o en situación de <sup>5</sup> dependencia el derecho a acceder a ayudas, prestaciones y servicios de calidad con

garantía pública, necesarios para su desarrollo personal y social (v. también los arts. 10.3.15, 10.3.16 y 37.4 y 5). Ya con anterioridad, nuestra Comunidad Autónoma había abordado la situación de las personas con discapacidad y en situación de dependencia derivada de la misma. Lo hizo con la Ley de Servicios Sociales de Andalucía (Ley 2/1988, de 4 de abril), dedicada a regular y garantizar

un sistema público de servicios sociales que ponga a disposición de las personas y de los grupos en que éstas se integran recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo, así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a su marginación (art. 1).

- 6 Entre las áreas de actuación de esta ley se encuentran la atención a la familia, la integración y participación de la tercera edad, de las personas con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales y de drogodependientes, con el objeto de posibilitar su integración social, promoviendo y favoreciendo la prevención y rehabilitación integral (arts. 6 y 11). Lo hizo también con la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores (v. art. 19 *supra*). Y lo hizo con la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (Ley 1/1999, de 31 de marzo). Esta última aborda desde una perspectiva integral las necesidades de las personas con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, proponiendo una actuación uniforme y coordinada de los sistemas públicos, autonómicos y locales, así como la participación de la iniciativa privada,

con el fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y posibilitar su rehabilitación e integración social, así como la prevención de las causas que generan deficiencias, discapacidades y minusvalías (art. 1.1).

- 7 Todo ello, con base en las competencias que Andalucía asumía entonces en materia de «sanidad, educación, asistencia y servicios sociales, desarrollo comunitario, régimen local, ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, deporte y ocio, cultura, seguridad social, así como autoorganización» (Exposición de motivos).

- 8 La aportación del art. 24 EAAnd a este escenario normativo es doble. En primer lugar, su objeto son todas las personas en situación de dependencia. Esto significa, de un lado, que el art. 24 EAAnd deja abierta las causas de la dependencia, ampliando así la noción de ésta más allá de la de discapacidad (v. también los arts. 10.3.15, 10.3.16, 37.4 y 37.5 EAAnd), y del envejecimiento, que aunque es objeto de atención específica de los arts. 19 y 37.3 EAAnd, también puede serlo del art. 24 EAAnd. Esto es tanto más así cuanto que el art. 19 EAAnd pone su énfasis, no tanto en la atención a la dependencia de estas personas, como en las medidas destinadas a su prevención, en la promoción de su autonomía personal, bienestar social y envejecimiento activo (v. art. 19 *supra*). Al concentrarse en la situación de dependencia más allá de sus causas, más allá, en concreto, de la edad y de la discapacidad, el art. 24 EAAnd deja abierta la cuestión del carácter previsiblemente definitivo de la situación de dependencia objeto de protección. Más abajo tendremos ocasión de volver sobre este punto. De otro lado, el art. 24 EAAnd deja fuera de su objeto a las personas que se encargan de cuidar a quienes están en situación de dependencia, personas que, por lo demás, no son objeto de mención específica en ningún otro precepto estatutario. Se distancia así nuestro Estatuto de Autonomía de otros reformados desde 2006, que sí imponen a los poderes públicos la obligación de proteger a las familias con personas dependientes (v. art. 40.1 EAC;



art. 10.3 EAV; art. 16.3 EAIB y art. 13.7 EAEL). Esta obligación podría extraerse del art. 17 EAAnd, siempre en el marco del concepto de familia asumido por este precepto estatutario (v. art. 17 *supra*).

En segundo lugar, con el art. 24 EAAnd los derechos de las personas con discapacidad o en situación de dependencia adquieren rango estatutario. Esto es importante, pese a que el art. 24 EAAnd remite su concreción a la ley, y pese a que los derechos estatutarios son una categoría jurídica aún por perfilar (v. el comentario al art. 12). El Tribunal Constitucional ha dejado claro que aquellos derechos estatutarios que, como el que nos ocupa, no se limiten a reproducir un derecho fundamental reconocido en la Constitución española, «deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto» a la comunidad autónoma en cuestión (STC 247/2007, FJ 15.º; también STC 31/2010, FJ 16.º). En el caso del art. 24 EAAnd, se trata de las competencias exclusivas que nuestra Comunidad Autónoma asume en materia de servicios sociales (art. 61.1 EAAnd), así como con las competencias compartidas que asume en materia de sanidad (art. 55 EAAnd). Lo que no ha dejado aún tan claro es cuál es la naturaleza jurídica de estos derechos y, por ende, su eficacia. La STC 247/2007 subordinó la plena eficacia de los derechos estatutarios a su desarrollo por parte del legislador autonómico, en el marco del ejercicio de sus competencias normativas; «sólo entonces», entendió el Tribunal Constitucional, «se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos» (FJ 15.º). Por su parte, la STC 31/2010 parece admitir, no sin ambigüedades, que, aunque algunos derechos estatutarios de contenido prestacional dependen para su plena eficacia de la *interpositio legislatoris*<sup>1</sup>, otros son por su propia naturaleza derechos subjetivos stricto sensu, directamente vinculantes como pretensiones subjetivas exigibles ante los tribunales de justicia (FJ 16.º). No parece que el Tribunal Constitucional haya dicho aún su última palabra en la materia. Sea como fuere, lo cierto es que el art. 24 EAAnd reconoce un derecho de contenido prestacional cuya concreción remite a la ley. Su aportación consiste, así, en imponer al legislador autonómico la obligación de articular la protección de las personas dependientes, ubicándola en el bloque de la constitucionalidad.

El art. 24 EAAnd es el punto de partida del diálogo entre Andalucía y el Estado en materia de atención a la dependencia que está en la base del SAAD. Este diálogo se encuentra anclado en la decisión del legislador estatal de ubicar la regulación de las condiciones básicas de acceso a la atención a la dependencia en el ámbito de la asistencia social. No era ésta la única opción abierta al legislador estatal, ni la menos controvertida. El Estado podría haberse apoyado en los apartados 16 y 17 del art. 149.1 CE, que le reconocen competencias exclusivas para la regulación, respectivamente, de las bases y coordinación general de la sanidad, y de la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. Entendió el legislador, sin embargo, que el objetivo de la Ley 39/2006 trascendía los contornos de estos dos artículos. Su objetivo era crear un sistema de atención a la dependencia integrado, de atención económica, sanitaria, pero fundamentalmente social; de alcance universal, ni contributivo ni estrictamente asistencial, en la medida en que la falta de recursos económicos condiciona, no el acceso al sistema, sino la prioridad en ese acceso y la cuantía de las prestaciones; y un sistema además co-gestionado por la

<sup>1</sup> Sobre el carácter social de la práctica totalidad de los derechos estatutarios, MEDINA GUERRERO, M., 2008, págs. 2-3.

Administración central, las autonómicas y las locales. Se trataba, en definitiva, de crear un sistema de atención a la dependencia complejo, tanto por su carácter integral como por su interterritorialidad, y como tal, de más cómodo encaje en el ámbito de la asistencia social<sup>2</sup>. Y ello no sólo por la amplitud, flexibilidad y versatilidad de éste, sino por las posibilidades que ofrece de cooperación entre las comunidades autónomas y el Estado, con base en los arts. 148.1.20.<sup>a</sup> y 149.1.1.<sup>a</sup> CE.

- 11 La Ley 39/2006 se apoya, en efecto, en el 149.1.1.<sup>a</sup> CE como único título competencial (DF 8.<sup>a</sup>). La opción por este título competencial ha suscitado dudas de inconstitucionalidad<sup>3</sup>. Pues, aunque no es la primera vez que el Estado se apoya en el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE para legislar en materia de asistencia social (v. la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social Prestaciones no Contributivas), sí es la primera vez que se apoya en él de forma exclusiva. Y lo hace para fundamentar una iniciativa legislativa de la envergadura de la Ley 39/2006 que, además, se ubica en el contexto de los principios rectores de la política social y económica, en concreto de las obligaciones de los poderes públicos para con discapacitados y mayores (arts. 49 y 50 CE, respectivamente –v. Exposición de motivos–). Lo cual es problemático, habida cuenta de la ambigüedad de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el recurso al art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE en este contexto (SÁENZ ROYO, E., 2010; MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), 2007, pág. 105).
- 12 Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece avalar la opción del legislador estatal, tanto de erigir al art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE en título competencial independiente (v. por todas la STC 173/1998), como de conectarlo con materia de asistencia social. En concreto, el Tribunal ha permitido que, con base en el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, el Estado establezca «los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas de los españoles», lo que se aplica a prestaciones «tendientes a asegurar un 'mínimo vital' para los ciudadanos que garantice la uniformidad de las condiciones de vida» (STC 146/1986, FJ 2.<sup>o</sup>). Esta lectura del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE conecta con la visión de los derechos sociales, o de los principios rectores, como *prius* tanto lógico como temporal para el disfrute de otros derechos fundamentales (FRANKENBERG, G., 1996, págs 1381-1390). Conecta con la toma de conciencia de que la dependencia puede menoscabar la capacidad de disfrutar de algunos derechos (Exposición de motivos de la ley, párrafo 1.<sup>o</sup>). Y conecta, en fin, con la articulación de la asistencia a la dependencia como un servicio social, integral y universal, orientado a garantizar las condiciones básicas necesarias para que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos fundamentales (art. 4.2) y, con ellos, de su ciudadanía, entendida en clave social (MARSHALL, T. H., 1963, pág. 67 y ss).
- 13 La opción del legislador central refleja así la toma de conciencia de la relación entre la atención a la dependencia, el disfrute de derechos fundamentales, y la articulación de la ciudadanía en clave social, sobre la base del principio de igualdad. Recordemos, por lo demás, que para el Tribunal Constitucional, las «condiciones básicas» a que se refiere

<sup>2</sup> Sobre la separación, y la progresiva difuminación de las fronteras, entre los ámbitos de la Seguridad Social y de la Asistencia Social, en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), 2007, pág. 92 y ss; HURTADO GONZÁLEZ, L., 1993.

<sup>3</sup> Véanse ROLDÁN MARTÍNEZ, A., 2006, pág. 96 y ss; SUÁREZ CORUJO, B., 2006; BELTRÁN AGUIRRE, J. L., 2008.

el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE son las «imprescindibles o necesarias» para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Éstas incluyen

critérios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas [condiciones], tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...]; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho [...]; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho [...] etc. (STC 61/1997, FJ 8.º).

Más allá de esas condiciones básicas, corresponde a las comunidades autónomas dar contenido a la ciudadanía social. 14

### C. EL ART. 24: ¿A LA SOMBRA DE LA LEY 39/2006?

Como hemos visto, y con independencia de la concreción definitiva del concepto de derecho estatutario por el Tribunal Constitucional, todavía pendiente, el art. 24 EAAnd reconoce un derecho de contenido prestacional que, como tal, precisa una *interpositio legislatoris* para su efectiva aplicación. El propio art. 24 EAAnd remite su implementación a los términos que establezca la ley. Y aunque esta remisión debe entenderse hecha al legislador autonómico (STC 31/2010, FJ 16.º), no debe olvidarse el papel que el legislador estatal se ha arrogado en materia de atención a la dependencia. El resultado de este papel es una relación sinérgica singular entre la Ley 39/2006 y el art. 24 EAAnd. De un lado, el segundo aparece como una respuesta a la primera, a través de la cual nuestra Comunidad Autónoma asume la obligación de desarrollar el sistema de atención a la dependencia articulado en dicha ley. De otro, el art. 24 EAAnd otorga rango estatutario a la obligación de los poderes públicos andaluces de atender a la dependencia, integrándola en el bloque de la constitucionalidad en conexión con las competencias que nuestra Comunidad Autónoma asume en materia de sanidad y servicios sociales (arts. 55 y 61.1 EAAnd), bloque de la constitucionalidad que debe ser respetado por el legislador autonómico, pero también por el estatal. Así, aunque el art. 24 EAAnd vincula sólo a los poderes públicos autonómicos (STC 31/2010, FJ 16.º), la Ley 39/2006 debe respetar su alcance, definido por referencia al de los arts. 55 y 61.1 EAAnd; al mismo tiempo, el art. 24 EAAnd se nutre de la Ley 39/2006, hasta el punto de que su desarrollo normativo se articulará en buena medida como desarrollo normativo de ésta. 15

Ese desarrollo normativo se ha concretado en el Decreto 168/2007, de 12 de junio, y en una serie de órdenes<sup>4</sup>, entre ellas la Orden de 3 de agosto de 2007, modificada por la 16

<sup>4</sup> Véase la Orden de 23 de abril de 2007, que aprueba el modelo de solicitud del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Orden de 1 de octubre de 2007, que aprueba los modelos de informe social, trámite de consulta y propuesta de programa individual de atención del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía; Orden de 15 de noviembre de 2007, que regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Orden de 4 de septiembre de 2008, por la que se crea la Comisión Técnica para la elaboración del Plan Integral de Atención a menores de tres años en situación de dependencia en Andalucía 2009-2012 (v. también art. 19 *supra*). Véanse también la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso y funcionamiento de los Programas de estancias diurnas y respiro familiar, y la Orden de 25 de julio, que establece las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar.

Orden de 7 de marzo de 2008. El primero regula el procedimiento para el reconocimiento de situaciones de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD, y los órganos competentes para su valoración. La segunda establece la intensidad de los servicios del SAAD, las condiciones de acceso a las prestaciones económicas, y el régimen de compatibilidades e incompatibilidades de estos servicios y prestaciones. Todo ello, además de los acuerdos de colaboración entre la Comunidad Autónoma andaluza y el Estado<sup>5</sup>. Relevantes son, además, la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía y el Decreto 11/1992, de 28 de enero, sobre naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios.

- 17 Nuestra normativa autonómica asume el principio, establecido en la Ley 39/2006, de la prioridad de las prestaciones de asistencia técnica, competencia de las comunidades autónomas, sobre las prestaciones económicas. Las primeras se insertan en el Sistema de Servicios Sociales de asistencia y protección de necesidades básicas, articulado sobre la base de Servicios Sociales Comunitarios (información, valoración, orientación, asesoramiento, ayuda a domicilio, convivencia, reinserción social, cooperación social y otros) y Especializados, dirigidos a sectores de población que precisan de atención específica (residencias y unidades de día para personas mayores, centros y servicios de estimulación precoz y de recuperación médico-funcional, centros residenciales y ocupacionales para personas con minusvalías). Las prestaciones económicas, por su parte, se prevén como excepcionales (destinadas a favorecer el cuidado de la persona dependiente en el entorno familiar por cuidadoras/es informales), subsidiarias (cuando no sea posible acceder a un servicio), o para la cobertura de situaciones concretas (para promover la autonomía de personas aquejadas de un alto grado de dependencia), y se modulan en función de la capacidad económica de la persona dependiente sobre la base de un sistema de copago.
- 18 En relación con ambos tipos de prestaciones, y desde el punto de vista estatutario, interesa llamar la atención sobre un par de aspectos. El primero es la necesidad de una adecuada coordinación de las prestaciones técnicas, tanto entre sí<sup>6</sup>, lo cual es competencia de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social (Decreto 205/2004, de 11 de enero, de estructura orgánica de la Consejería), como con los servicios de salud en el ámbito de la atención a la dependencia. Y es que debe entenderse que el art. 24 EAAnd asume la aspiración de la Ley 39/2006 de implantar un modelo de asistencia socio-sanitario, mediante la coordinación o incluso la integración de las estructuras organizativas de los servicios de sanidad y sociales (BELTRÁN AGUIRRE, J. L., 2008, pág. 17 y ss).
- 19 El segundo es la necesidad de ampliar el ámbito de las prestaciones económicas por cuidador/a informal. Tanto la normativa estatal como la autonómica circunscriben

<sup>5</sup> Resolución de 7 de enero de 2010 de la Secretaría General de Política Social y Consumo por la que se publica el Convenio de colaboración con la Administración General de Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el desarrollo del marco de cooperación interadministrativa previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y para el establecimiento y financiación del nivel de protección acordado para el ejercicio 2009, por la que se determinan las obligaciones asumidas por cada una de las administraciones para la financiación del nivel de protección acordado previsto en el artículo 7.2.º de la citada Ley.

<sup>6</sup> Para una análisis crítico de la implementación de la Ley 39/2006 en Andalucía, y de la insuficiente coordinación de los servicios sociales andaluces, GONZÁLEZ ORTEGA, S., 2008, pág. 158.

dichas prestaciones a situaciones en que los cuidados proceden del entorno familiar, entendiéndose por tal el cónyuge, ascendientes o descendientes de la persona dependiente hasta el tercer grado, salvo casos excepcionales en los que se admite la posibilidad de cuidadoras/es más allá de este entorno, y que parecen pensados para municipios pequeños (art. 1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia; art. 14.4 de la Orden andaluza de 3 de agosto de 2007). Esta restricción limita de manera irrazonablemente genérica las posibilidades de implementación del art. 24 EAAAnd. Especialmente criticable es la exclusión de las parejas de hecho del objeto de esas prestaciones, habida cuenta de la política de protección de estas modalidades familiares, tanto a nivel estatal como autonómico, con base en las obligaciones de los poderes públicos que derivan del art. 39.1 CE, y del art. 17 EAAAnd<sup>7</sup>.

#### D. MÁS ALLÁ DE LA LEY 39/2006. CUESTIONES ABIERTAS

Además de ser una respuesta a la Ley 39/2006, el art. 24 EAAAnd es también un punto de partida desde el que expandir las fronteras de esa ley, con base en las competencias exclusivas asumidas en el art. 61 EAAAnd en materia de servicios sociales. Así, para empezar, el art. 24 no incluye referencia alguna a la permanencia como nota definitoria de la dependencia. Antes bien, se refiere a la dependencia como una situación sin más calificativos y, en todo caso, más amplia que la discapacidad (v. también arts. 32, 33 y 46 de la Ley andaluza 1/1999, de Atención a las Personas Discapacitadas). En esto contrasta con la Ley 39/2006, cuyo art. 2.2 define dependencia como un «estado de carácter permanente». Ciertamente, lo permanente no es sinónimo de irreversible. La propia Ley 39/2006 prevé la revisión del grado de dependencia, incluyendo la posibilidad de que una mejoría conduzca a la desaparición de la prestación (art. 30). Con todo, esta ley concibe la dependencia, por afinidad con la incapacidad permanente, como un estado previsiblemente definitivo (v. ROLDÁN MARTÍNEZ, A., 2006, pág. 91; GONZÁLEZ ORTEGA, S., 2004, pág. 36; GONZÁLEZ ORTEGA, S., 2008, pág. 109 y ss), excluyendo así de su ámbito de aplicación situaciones que generan necesidades transitorias de asistencia y protección.

El rasgo de la permanencia viene a reforzar la conceptualización de la dependencia como una patología<sup>8</sup>. La conexión entre permanencia y patología es especialmente elocuente en el reconocimiento de la situación de dependencia de las personas menores de tres años (Ley 39/2006, DA 13.<sup>a</sup>). Como patología, además, la dependencia se concibe como un mal individual, un problema que afecta a personas concretas y en cuyo origen hay causas individuales, cuya dimensión social es meramente la suma de situaciones individuales, cuyo incremento es a su vez resultado de factores demográficos y culturales. Se le escapa así a la ley lo que se ha denominado «la dimensión social de la dependencia» (ARNÁU RIPOLLÉS, S. y GIL GARCÍA, E., 2007), la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y económicos con que se desenvuelve la

<sup>7</sup> Véanse BELTRÁN AGUIRRE, J. L., 2008, pág. 15 y ss; GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), 2008, pág. 129 y ss; 249 y ss. Sobre el estatuto de los cuidadores, véanse GONZÁLEZ ORTEGA, S., y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., 2009.

<sup>8</sup> Es la perspectiva dominante en los estudios jurídicos sobre la Ley 39/2006. Véanse por todos MORENO PÉREZ, J. L. et al., 2007, pág. 3 y ss; SAMPERE NAVARRO, A.V., y CAVAS MARTÍNEZ, F., 2007, pág. 21 y ss.

vida de algunas personas, que provoca que ciertos rasgos físicos o psíquicos se traduzcan en discapacidades y que genera situaciones de dependencia.

- 22 La aproximación a la dependencia como patología, unida a la falta de visión social de sus causas y circunstancias, puede ser un obstáculo para atajar la dependencia mediante la prevención. Y en efecto, la dimensión socio-preventiva ocupa un lugar secundario en la Ley 39/2006. Ciertamente, en ella se prevén ayudas económicas destinadas a facilitar la autonomía personal desde una perspectiva tanto preventiva como social, mediante recursos técnicos, adaptaciones en el hogar o la eliminación de barreras arquitectónicas. Estas ayudas, con todo, no se conciben como prestaciones reclamables frente a las autoridades públicas, sino como posible objeto de subvención por parte del Estado y de las administraciones autonómicas, «de conformidad con sus disponibilidades presupuestarias» (DA 3.ª).
- 23 En el art. 24 EAAAnd, las cuestiones anteriores aparecen abiertas. El reto consiste ahora en convertir a este artículo en plataforma para que la dependencia se introduzca en la agenda de nuestros poderes públicos autonómicos en términos que enfatizan la importancia de las políticas de prevención de la dependencia, y que enfatizan la importancia de hacerlo desde la perspectiva de su dimensión social, evitando, además, reducir la dependencia a patología. Para este fin puede ser útil sustituir el lenguaje de la dependencia por la expresión «diversidad funcional», acuñada por el Foro de Vida Independiente en 2005, y utilizada para eliminar la carga de negatividad asociada a conceptos como «discapacidad» o «dependencia» (ARNÁU RIPOLLÉS, S. y GIL GARCÍA, E., 2007). La expresión «diversidad funcional» nos permite flexibilizar y ampliar el ámbito de las situaciones que se entienden merecedoras de prestaciones públicas, en línea con los principios de un sistema de atención que pretende ser universal. Al hacerlo, nos invita a despojar a las situaciones de dependencia de su negatividad patológica, superando la dualidad normalidad-patología. Nos invita, asimismo, a contemplar la dependencia desde una perspectiva social y a poner el énfasis en su prevención. Nos invita, en definitiva, a integrar la dependencia y su dimensión social como elemento constitutivo de la noción de ciudadanía (RODRÍGUEZ RUIZ, 2010).

**Artículo 25. Vivienda**

*Para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda. La ley regulará el acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20910])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21060]).

***Artículo 25. Vivienda***

*En el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, se garantizan las condiciones de igualdad, en los términos que establezca la ley, en el acceso de todos a las viviendas de promoción pública.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23667]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23903]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24259]).

***Artículo 25. Vivienda***

*En el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, se garantizan las condiciones de igualdad, en los términos que establezca la ley, en el acceso de todos a las viviendas de promoción pública.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 203]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 255]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 307]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 95]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 26); Valencia (art. 16); Aragón (art. 27); Baleares (art. 22); Castilla y León (art. 16.14).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.



## E. JURISPRUDENCIA

STC 45/89, FJ 4.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

GARRIDO GUTIÉRREZ, Pilar: «El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)», en TAJADURA J. (Dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, 2004, págs. 369-454.

KENNA, Padraic., «El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista de Derecho Político*, núm. 74 (2009), págs. 479-501

PONCE SOLÉ, Julio: «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en PONCE SOLÉ, J., y SIBINA TOMÁS, D. (Coord.): *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, págs. 65-176.

PONCE SOLÉ, Julio (Coord.), RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo., SALKIN, Patricia E., y SIBINA TOMÁS, Domènec: *Dret a l'habitage i servei públic d'allotjament català?*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2009.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *El derecho constitucional a la vivienda*, Ministerio de Vivienda, Madrid, 2008.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. ¿PRINCIPIO RECTOR O DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ESTATUTO ANDALUZ? EL DERECHO A LA VIVIENDA COMO DERECHO DE MEDIOS. C. EL DERECHO A UNA POLÍTICA PÚBLICA DE VIVIENDA SOCIAL (LEY 1/2010, DE 8 DE MARZO, REGULADORA DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN ANDALUCÍA).

### A. INTRODUCCIÓN

El derecho a la vivienda contenido en el art. 25 EAAnd pudiera parecer el complemento necesario del principio rector/derecho contenido en el art. 47 CE: «Todos los españoles tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Bajo el formato de principio rector, el constituyente mandataba a los poderes públicos para que hagan factible un derecho, el de todos los españoles a una vivienda cualificada, pues ha de ser digna y

adecuada. Un mandato constitucional que, como ha reconocido la propia jurisprudencia constitucional, vincula también a los poderes públicos autonómicos, en la medida que la declaración constitucional de los derechos no es ajena al reparto de las competencias que luego puedan hacer (art. 53.3 CE: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»). Como principio rector el derecho a la vivienda es derecho en potencia –lo que es tanto como afirmar que, en puridad, no estamos en presencia de un derecho constitucional–, pues requiere de la interposición del legislador para su concretización como tal. No hay, pues, en nuestra opinión, contradicción en la naturaleza del bien jurídico protegido en el citado art. 47 CE. Hay allí un mandato a los poderes públicos para que se dé luz a un derecho de naturaleza constitucional exigida, pero su concreta concreción queda en manos del legislador, principalmente. Como excepción, la Constitución apunta algunas indicaciones en la forma en que el futuro derecho habrá de ser actualizado (impedir la especulación y destinar al interés público las plusvalías que se generen, básicamente).

- 2 No está de más añadir en este contexto la dificultad que la inacción del legislador plantea respecto de la posibilidad de un control de constitucionalidad de esa concreta omisión, pues como se sabe sólo aquellas omisiones que terminan por afectar al principio de igualdad tienen la posibilidad de acabar en sede constitucional. Como tampoco está de más recordar las reticencias de nuestro Tribunal Constitucional a ejercer el control de constitucionalidad de la ley tomando como único parámetro de control cualquiera de los principios rectores constitucionalmente consagrados, salvo en aquellos casos en los que una norma o un conjunto de normas determinen por sí solas, en aspectos importantes, el régimen jurídico del principio rector protegido<sup>1</sup>. Con ello no se pretende negar la eficacia jurídica a los principios rectores ni tampoco afirmar que los mismos carezcan de contenido. Estas precisiones habitualmente acompañan a aquellas argumentaciones que pretenden establecer una neta distinción entre el estatuto jurídico de los derechos fundamentales y el de los principios rectores contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución. En cierta forma, los principios rectores sufren las consecuencias de convivir con los derechos fundamentales, de tal forma que los primeros suelen acabar definiéndose más por lo que no son que por lo que realmente representan y por la función que cumplen en la arquitectura constitucional.
- 3 La cuestión está en determinar, con un grado más o menos de certeza y seguridad, qué debe entenderse constitucionalmente por «informar» la actividad legislativa, la acción ejecutiva y la práctica judicial. No es ésta, sin embargo, la empresa que aquí nos

<sup>1</sup> Por todas, STC 45/89, FJ 4.º Como se ha defendido, puede que esta resistencia de la justicia constitucional a hacer uso de los principios como únicos parámetros de control no se dé cuando se trata de controlar normas o disposiciones de rango reglamentario. En nuestra opinión, estando en ambos casos en entredicho el principio democrático, la misma cautela debe mostrar el juez ordinario frente a la norma o disposición de naturaleza infralegal que el juez constitucional frente a la ley. Los principios son mandatos dirigidos en primera instancia al poder político constituido, que será el que tendrá que valorar las circunstancias, oportunidad y medios para traducir el mandato en realidad concreta y efectiva. Dejarlo en manos del juez es atribuirle a éste una potestad presupuestaria que no tiene. Cosa distinta ocurre, pero así mismo discutible, cuando el juez ordinario hace uso del principio rector para impedir o anular una concreta política pública. En este último caso la motivación de la decisión judicial debe eclipsar todo intento de suplantación de la autoridad política por la judicial.

convoca. Sobre estas cuestiones nos remitimos a los comentarios que puedan hacerse en el art. 37 o 40 EAAnd. Algo habrá que decir, no obstante, pero circunscrito al principio rector que reconoce el derecho a la vivienda. El art. 47 CE es un claro mandato dirigido al poder público normativo, en detrimento del poder judicial (GARRIDO GUTIÉRREZ, P., 2004, págs.410-420). Promover las condiciones, establecer las normas y regular la utilización del suelo es la actividad que se le exige del representante político para dar por satisfecho el mandato normativo allí contenido. El derecho a la vivienda es una aspiración antes que una realidad jurídica entendida como prestación reclamable ante los tribunales. Se trata más de una norma de tareas para el logro de un fin que de una norma perfecta en su estructura y resultado. Es decir, hay principio rector sobre vivienda más que derecho a la vivienda en la Constitución, por más que este último sea el objetivo que pretende alcanzarse.

Un teórico derecho a la vivienda tiene, además de las dificultades propias de los derechos netamente prestacionales, algunas otras que le son propias (KENNA, P., 2009, págs. 479-490). Para comenzar por lo común no es difícil imaginar la ingente cantidad de recursos que hay que detraer del erario público para garantizar su prestación en condiciones dignas y adecuadas. Más específicamente, no puede soslayarse la importancia que en el conjunto de la economía nacional tiene toda política de vivienda –lo que acabará determinando, como veremos, materia para que en la confección de dicha política concurren Estado y comunidades autónomas–; asimismo, la necesidad que existe de definir a los titulares de un derecho que por predicarse de todos los españoles pudiera acabar afectando de forma negativa a su propia eficacia<sup>2</sup>. Finalmente, la vivienda, como casi todo lo prestacional, requiere de territorialización, de tal forma que la cadena de poderes públicos implicados en su garantía y materialización alcanza transversalmente otros principios constitucionales, de forma destacada los de autonomía nacional, regional y municipal (arts. 2 y 137 CE). Menos problemas se plantean con la cualificación de la vivienda a la que en principio se tiene derecho –«digna» y «adecuada»–. La determinación de lo que deba entenderse por vivienda de calidad entra en los márgenes de apreciación de que disfruta legítimamente el legislador

Con independencia de las dificultades que pueda plantear el derecho a la vivienda, su virtualidad como principio conmina a los poderes públicos a diseñar una política pública de vivienda que facilite el acceso al mayor número de ciudadanos posible. Se orilla en cierto modo, desde esta perspectiva, la problemática de la judicialización de un derecho universal que no vendría más que a degradar la misma idea de los derechos fundamentales como inmediatos derechos subjetivos. La marginación es, sin embargo, momentánea, pues juez tendrá que haber, una vez exista parque de viviendas suficiente, para comenzar a dotar de contenido el derecho. Pero antes será al poder político público el que habrá de discutir, elaborar y aprobar las políticas públicas más idóneas para alcanzar el objetivo constitucional propuesto. Cuestión distinta, no insistiremos más en ello, es la relativa al tema de las garantías que deben rodear al mandato constitucional que exige de los poderes públicos se garantice a los ciudadanos un espacio apropiado para, en solitario o en familia, desarrollar su propia personalidad. La figura del defensor del pueblo con capacidad para supervisar la actuación de los poderes públicos en

<sup>2</sup> Titularidad del derecho que ya la propia Constitución moldea cuando obliga a los poderes públicos a promover el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio (art. 50 CE).

relación con los principios constitucionales, la exigencia de un implícito derecho a la calidad de ley y el derecho a una buena administración permiten pensar en mecanismos que obliguen a tener presentes los citados principios durante el diseño de las correspondientes políticas públicas. Los principios son aquí entendidos como contenidos de una agenda política permanente, en la medida que los citados principios sólo son alcanzables si son atendidos de forma continuada y con la flexibilidad que las circunstancias y los medios presupuestarios aconsejen. Por esta razón se habla de los principios como mandatos o tareas políticas y no como mandatos jurídicos cerrados oponibles incluso al poder político (legislativo), como sería el caso de los derechos fundamentales.

- 6 Así pues, la concreción del derecho a la vivienda nacerá conforme se vayan implementando las políticas públicas necesarias que le puedan dar satisfacción. A continuación del principio rector habrán de llegar necesariamente otros instrumentos normativos que le den forma de derecho, sólo entonces podrán los particulares reclamar ante los tribunales los bienes o prestaciones que de estas normas puedan deducirse.
- 7 Decíamos al principio de estas páginas que el art. 25 del EAAAnd es o pudiera ser el complemento necesario del art. 47 CE, por más que el principio rector que garantiza un derecho a la vivienda debe ser también observado por el poder público estatuido. La pretensión del estatuyente no es otra que la de concretar en derecho el mandato constitucional. No en balde el art. 25 EAAAnd se integra en el Capítulo II, «Derechos y deberes», del Título I, «Derechos sociales, deberes y políticas públicas». El hecho de que se trate de la concreción de un principio rector plantea problemas diferentes a los que se producen con la concreción estatutaria de derechos fundamentales. Como se sabe, mientras la última posibilidad ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional por razones compartibles, la primera de las opciones ha sido resuelta de forma un tanto difusa por el Tribunal Constitucional, que, lejos de zanjar la polémica sobre la posibilidad o no de los Estatutos de contener carta de derechos propia, ha dado una respuesta en tierra de nadie, afirmando y negando la posibilidad al mismo tiempo, si bien es cierto que en su razonamiento pesa más la primera que la segunda de las opciones. Para el Tribunal Constitucional lo que resulta indiscutible es que, a la vista de los Estatutos examinados, lo que en éstos se conoce como derechos son más bien mandatos dirigidos al legislador para la consecución de concretos fines, pero sin que se indiquen los medios y modos que habrá de emplear el poder público para alcanzar tales objetivos, denotándose con ello una ausencia total de la estructura propia de los derechos subjetivos. Así pues, para el Tribunal Constitucional, pese al *nomen iuris* que se adopta, hay en los Estatutos más principios que derechos *stricto sensu*, aunque reconoce que hay también presencia de derechos subjetivos. Se presenten en el modo en que se presenten, y sin que se aclare la cuestión de si ambos tipos de derechos caben en los Estatutos, la única condición que impone el Tribunal Constitucional para que puedan ser constitucionalmente admitidos es que los denominados derechos estatutarios vinculen exclusivamente al legislador autonómico y, en segundo término, que sean derechos materialmente vinculados al ámbito propio de competencias de la Comunidad Autónoma.
- 8 Ambos requisitos son escrupulosamente observados en el caso del derecho estatutario a la vivienda. Basta comprobar lo dispuesto en el art. 38 EAAAnd, de una parte, y constatar la reserva que el Estatuto hace de la materia vivienda como

competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, por otra (art. 56 EAAnd<sup>3</sup>). De esta forma el Estatuto se presenta como norma adecuada y pertinente para dotar de virtualidad los principios constitucionales de naturaleza social, reforzando la idea del hecho autonómico como una manifestación del Estado social.

La competencia que se reserva la Comunidad Autónoma con carácter exclusivo en este campo no es óbice, sin embargo, para que el Estado pueda aprobar políticas públicas en materia de vivienda, esgrimiendo para ello alguno de los títulos competenciales de carácter trasversal presente en el art. 149 CE. Resulta paradigmático, sin embargo, que el Tribunal Constitucional no haya declarado constitucional concretas políticas estatales de vivienda –impugnadas por los gobiernos de ciertas comunidades autónomas por invasión de competencias– tomando como título competencial del Estado lo dispuesto en el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE. El Tribunal no ha sabido o no ha querido integrar los principios rectores en el concepto de «derechos» empleado en el citado artículo, reduciendo su contenido a los derechos y libertades de las secciones primera y segunda del Capítulo II del Título I. En cierta forma, pudiera afirmarse que la virtualidad de los principios rectores no es ajena al reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. El Tribunal Constitucional ha declarado conformes a Constitución las intervenciones del Estado en materia de vivienda haciendo uso para ello del genérico título contenido en el art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE, «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Al hacer uso de títulos competenciales transversales, el Tribunal Constitucional está provocando una alteración caprichosa de las competencias autonómicas, pues dichos títulos soportan muy bien la elástica voluntad del Estado así como cualquier tipo de intervención. En todo caso, la concurrencia de voluntades en materia de vivienda no altera la naturaleza exclusiva de la Comunidad Autónoma, que es en definitiva el soporte competencial que justifica la presencia del derecho a la vivienda en la carta estatutaria de derechos.

## B. ¿PRINCIPIO RECTOR O DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ESTATUTO ANDALUZ? EL DERECHO A LA VIVIENDA COMO DERECHO DE MEDIOS

Superado el test competencial y de exclusividad en el mandato a los poderes públicos andaluces, el derecho a la vivienda puede tomar forma y contenido en el marco de la carta de derechos integrada en el Estatuto andaluz de 2007. Lo que va a aparecer en el art. 25 EAAnd va a defraudar, sin embargo, todas las expectativas, pues frente a la posibilidad constitucionalmente admitida de traducir en derechos estatutarios el principio constitucional de la vivienda (art. 53.3 CE) nos encontramos con un mandato a los poderes públicos para que promocionen la construcción de vivienda pública,

<sup>3</sup> Competencia exclusiva y cuya descripción material da buena cuenta de su alcance: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de vivienda, que incluye en todo caso: a) La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda; el establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones Públicas de Andalucía en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance; la promoción pública de viviendas; las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción; el control de condiciones de infraestructuras y de normas técnicas de habitabilidad de las viviendas; la innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas; y la normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación. b) La regulación administrativa del comercio referido a viviendas y el establecimiento de medidas de protección y disciplinarias en este ámbito» (art. 56.1 EAAnd).

diffícilmente asible como derecho subjetivo. La estructura normativa se acerca más a la que es propia de los principios rectores, dado que a lo que obliga es a un resultado (la promoción pública de viviendas), sin especificar ni la forma en qué deba hacerse, ni los medios que deberán destinarse a su consecución, ni la cantidad de vivienda pública que será necesaria para satisfacer el mandato estatutario. Hay, sin embargo, un tono más imperativo y que acerca la norma al espacio jurídico de los mandatos. Ya no se habla de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, como se hace en la Constitución cuando se describe el estatuto de los principios rectores, sino que en términos imperativos se afirma la obligación de acometer, por parte de los poderes públicos, la promoción pública de vivienda.

- 11 El mandato contenido en el art. 25 puede observarse, en definitiva, como un paso intermedio entre el estatuto jurídico de los principios y los derechos. Con los primeros comparte la obligación de los poderes públicos de tener presente en su actuación la consecución del objetivo constitucional de la vivienda. A los segundos se le aproxima en la medida en que lo que allí se contiene es una obligación prestacional (la promoción de vivienda pública). La diferencia con otros derechos prestacionales es, sin embargo, cualitativa, pues mientras los derechos de naturaleza prestacional obligan a resultados concretos, el derecho estatutario a la vivienda vuelve a reproducir la idea de una obligación de medios, no de resultados<sup>4</sup>. Como el propio precepto reconoce, la obligación de promoción pública de viviendas es una medida que sólo «favorece» el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, dando así idea de la consciencia pragmática del estatuyente a la hora de revestir de derecho el contenido del principio rector a la vivienda.
- 12 El contenido del derecho estatutario a la vivienda plantea problemas que van más allá de lo incierto de su contenido. Así, la obligación es predicable de todos aquellos poderes públicos andaluces con competencias en materia de vivienda. Tanto el legislador como la Administración Pública dependiente del Gobierno andaluz como el poder político local se ven compelidos, dentro cada uno de ellos de su ámbito de competencias, a promocionar la vivienda pública (en cualquiera de sus modalidades). El hecho de que existan diversas administraciones autónomas implicadas parece exigir de una acción concertada para dar satisfacción al resultado pretendido, con mayor razón habida cuenta las facultades reservadas a la Comunidad Autónoma en el art.56 EAAnd (PONCE SOLÉ, J., 2009, págs. 153-157). En todo caso, la existencia del derecho no podrá suponer una alteración de las competencias entre el poder autonómico y la autonomía municipal (PONCE SOLÉ, J., 2008, págs. 95-99. Igualmente, la determinación del sujeto beneficiario del derecho frente a la obligación de la promoción pública de vivienda no deja de ser una cuestión problemática. Por tratarse la promoción de vivienda pública de una actuación de naturaleza política general, por más que se concrete en un plan singularizado, el perfil del sujeto legitimado para exigirla o para impugnar su limitación

---

<sup>4</sup> Aunque no siempre o, por lo menos, no parece ser eso lo que se desprende del derecho a la vivienda reconocido en el Estatuto de Cataluña. Allí, como ahora se verá, se obliga al legislador a toma las medidas adecuadas para facilitar a las personas socialmente más desfavorecidas el acceso a la vivienda. Como margen de apreciación, deja el estatuyente al legislador que sea él el que determine las condiciones para acceder a la prestación: «Las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine» (art. 26 EAC –Derechos en el ámbito de la vivienda–).

es, como mínimo, tan amplio como el número de sujetos afectados potencialmente por el plan. El requisito del interés legítimo se diluye ante una obligación de medios, el fomento de la vivienda pública, que no tiene que corresponder con los destinatarios últimos de la vivienda social, que sería el resultado final pretendido. La determinación del conjunto de legitimados para impugnar la ausencia de promoción pública de vivienda o la infradotación de las mismas tendrá que ser regulada por el legislador ordinario en la medida que «los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado» (art. 39 EAAnd).

Como se indicaba más arriba, hay asimismo problemas de contenido en el singular derecho a la vivienda reconocido en el vigente Estatuto andaluz. La obligación de promover vivienda pública es un mandato genérico necesitado de concreción política. El cumplimiento del derecho no se colmará con que exista un atisbo de promoción, sino que parece exigir la implementación de las políticas necesarias que, atendiendo a los recursos existentes y a las necesidades detectadas, sean idóneas para atender la necesidad de vivienda pública. En todo caso, nos enfrentamos a una tarea que corresponde, por la propia naturaleza de las cosas, al representante político de la sociedad competente en la materia. Al judicializar la obligación de la promoción de viviendas se corre el riesgo de una sustitución de un poder por otro. El principio democrático ha de ser un límite a la pretensión de marcar la política pública de vivienda por parte del Poder Judicial. 13

Cuestión distinta es que la reiterada obligación de promoción deba poder ser controlable a través de la justificación que políticamente haya motivado la concreta decisión. Justificación que, bien podrá extraerse de los debates tenidos hasta la aprobación del instrumento de planeamiento o urbanización discutido, bien deducirse del propio expediente. De otra forma se corre el riesgo, no menor, de dejar en manos de jueces y tribunales la configuración de la política de vivienda, alterando la división constitucional de poderes. En todo caso, puede disiparse este temor si se deja como única posibilidad al juez el anular la concreta decisión o acto público atacado por ser contrario al derecho de medios que el Estatuto consagra como instrumento para satisfacer el principio constitucional del derecho a la vivienda. En todo caso, el legislador podrá establecer parámetros que permitan un mejor aquilataamiento de la decisión judicial. 14

Cuestión singular es la relativa al control de la ausencia u omisión de toda política de promoción pública de vivienda. En este caso, la inexistencia de reserva de ley para dar cumplimiento al derecho que comentamos puede permitir, en el actual estado de nuestro sistema de control de normas, un control de las omisiones por parte de jueces y tribunales. Como veremos en el apartado siguiente, ésta ha sido básicamente la concreción que ha dado el legislador andaluz al derecho estatutario a la vivienda, reducido como queda a la obligación por parte de los poderes públicos de promover vivienda pública. Sí hay, sin embargo, una reserva de ley como complemento de la citada obligación. Mediante ley, dice el art. 25 EAAnd, se regulará el acceso a la vivienda social en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten. Si las referencias a la igualdad son reiteraciones inocuas –pues en virtud del art. 14 CE no pueden existir discriminaciones basadas en los motivos allí indicados–, no impiden 15

obviamente la discriminación positiva aparejada a toda actividad pública que tenga como objeto la promoción de vivienda social, cuyo fin no es otro que el de facilitar un techo a personas o grupos de personas en situación de desventaja social (como el propio Estatuto afirma en su art. 37.1.22.º EAAAnd)<sup>5</sup>. Cuestión distinta es la reserva de ley que se estatuye para configurar las ayudas que faciliten el acceso a la vivienda protegida. En este caso, la omisión en la ley (o leyes) de las referidas ayudas sí plantea el irresoluble problema de la inconstitucionalidad por omisión –salvo en aquellos supuestos en que la omisión sea al propio tiempo la manifestación de una concreta discriminación–. Por otra parte, no creo que la reserva de ley impida en este caso la deslegalización de concretos extremos de las ayudas siempre que sus elementos esenciales hayan sido configurados por el poder legislativo autonómico. En todo caso, lo que se exige es que la ley regule las ayudas que faciliten el derecho a acceder a una vivienda, no el derecho a la vivienda misma. Ayudas que, como ahora se verá, habrán de ser concretadas por el poder público a la vista de la demanda real de vivienda y, cómo no, de las posibilidades presupuestarias de las arcas públicas.

- 16 El contenido del derecho a la vivienda, tal y como aparece reconocido en el Estatuto andaluz, a lo que obliga es a una concreta política pública de vivienda que, en la medida en que sea posible, tendrá que poder ser exigida por los titulares del derecho. Por ser de medios y no de resultado la citada obligación de promoción de vivienda pública, el derecho estatutario a la vivienda no pierde su carácter vinculante para los poderes públicos, ni deja de tener sentido el derecho a recurrir aquellos actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos mencionados en el art. 38 EAAAnd –entre los que encuentra el derecho a la vivienda del art. 25 EAAAnd–.

### C. EL DERECHO A UNA POLÍTICA PÚBLICA DE VIVIENDA SOCIAL (LEY 1/2010, DE 8 DE MARZO, REGULADORA DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN ANDALUCÍA)

- 17 En el marco del mandato contenido en el art. 25 EAAAnd y de lo dispuesto en su art. 38<sup>6</sup>, el Parlamento andaluz aprobó la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía (en adelante, LRDV). Con esta ley se pretende dar cuerpo a los mandatos contenidos en el citado derecho, concretizando en este texto legal las prescripciones allí contenidas. Más que hacer aquí un análisis pormenorizado de la ley, tarea que no nos corresponde, haremos uso de la misma para, a modo de ejemplo, observar cómo el legislador ha traducido las cuestiones que sobre el art. 25 EAAAnd hemos expuesto más arriba.
- 18 La primera cuestión destacada es la relativa a la definición que da la ley de la persona titular del derecho a la vivienda. Si constitucionalmente del derecho a la vivienda disfrutaban los españoles (art. 47 CE), del derecho a la vivienda, de conformidad con el art. 5 de la citada ley, disfrutaban todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía –el Estatuto a este respecto omite toda alusión a posibles beneficiarios del

<sup>5</sup> Art. 14 EAAAnd (*in fine*): «[...] La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas».

<sup>6</sup> Art. 38 EAAAnd (*in fine*): «[...] El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos».



derecho—. La superación de la barrera de la nacionalidad por la ley no es más que la manifestación de una posibilidad que siempre tiene abierta el legislador de equiparar en derecho a los extranjeros con los nacionales, con el único límite de los derechos de participación política (art. 13.2 CE). Pero no sólo es suficiente con la vecindad. Para un colectivo concreto, aquéllos que cumplan los requisitos marcados en las letras a) hasta e) del citado art. 5, las administraciones públicas andaluzas están obligadas a hacer efectivo el ejercicio del derecho a la vivienda en la forma que reglamentariamente se define.

Esta primera ley de desarrollo de derecho a la vivienda parece ir más lejos de lo que el Estatuto exige, pues transforma en derecho de fines lo que no es más, en principio, que un derecho de medios —las administraciones públicas están obligadas «a hacer efectivo el ejercicio del derecho a la vivienda»—. Sin embargo, la misma remisión reglamentaria contenida en el art. 5 LRDV y la opción que se abre a los ayuntamientos para que puedan establecer criterios de preferencia específicos entre las personas solicitantes que reúnan los requisitos exigidos (art. 7 EAAAnd) vuelven a retomar la idea del derecho a la vivienda como un derecho de medios y no de fines. El hecho de que la ley defina a los titulares del derecho no implica para éstos, como consecuencia jurídica inmediata, la posibilidad de reclamar judicialmente una vivienda. A nuestro entender, lo que el legislador hace cuando define al conjunto de titulares a través de una serie de requisitos es señalar el mínimo de promoción de vivienda social que los poderes públicos deben acometer, así como la tipología de viviendas y ayudas que resultan necesarias para atender la demanda predefinida en la ley<sup>7</sup>.

Descartada en la ley de desarrollo la idea del derecho a la vivienda como derecho de fines, es decir, como derecho que dé lugar en todo caso a una prestación, recobra protagonismo la idea del derecho a la vivienda como derecho de medios, es decir, como derecho a exigir de los poderes públicos competentes en la materia una determinada y concreta política pública que tienda a hacer concreto y efectivo el derecho constitucional y estatutario a la vivienda.

La ley andaluza por la que se regula el derecho estatutario a la vivienda aquí comentada diseña a partir de su Título II cómo deberá elaborarse la política pública en materia de vivienda. Definidos los potenciales titulares para acceder a la vivienda social, la ley obliga a los ayuntamientos a crear y mantener un registro permanente de demandantes de vivienda protegida. Este registro será el instrumento básico para la determinación de las personas solicitantes de vivienda protegida (arts. 16 y 13.5 LRDV). A partir de estos datos, permanentemente actualizados, tanto la Junta de Andalucía como los ayuntamientos podrán elaborar los obligados planes de vivienda y suelo (art. 11 LRDV). Planes que, a nivel autonómico, tendrán que contener como mínimo: un análisis y evolución del sector de la vivienda en Andalucía, los objetivos prioritarios en materia de vivienda, así como su distribución territorial, la previsión de

<sup>7</sup> Ni siquiera el derecho a un alojamiento transitorio se contempla en la LRDV andaluza como un derecho subjetivo para aquellas personas en situación de exclusión social: «Las Administraciones Públicas andaluzas favorecerán el alojamiento transitorio de las personas con riesgo o en situación de exclusión social y vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que no puedan acceder a una vivienda protegida y respecto de las cuales quede acreditada su necesidad habitacional a través de los correspondientes servicios sociales de los ayuntamientos de los municipios en que residan», art. 20 LRDV.

financiación y las modalidades de ayudas autonómicas que correspondan, las condiciones de acceso para las actuaciones protegidas, las medidas complementarias que resulten necesarias para alcanzar los objetivos y las medidas para el seguimiento y aplicación del plan (art. 12.2 LRDV –extracto libre–)<sup>8</sup>.

- 22 Los ayuntamientos elaborarán y aprobarán sus correspondientes planes municipales de vivienda y suelo manteniendo la necesaria coherencia con lo establecido en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo. Estos planes tendrán, como mínimo, el siguiente contenido: la determinación de las necesidades de vivienda de las familias residentes en el municipio, al objeto de definir y cuantificar las actuaciones que se deben promover; las propuestas de viviendas de promoción pública y su localización; los alojamientos transitorios que se consideren necesarios y la determinación de los equipamientos necesarios para garantizar dicho fin; las propuestas de actuación dirigidas a fomentar la conservación, mantenimiento y rehabilitación del parque de viviendas; las propuestas de cuantificación y localización de las viviendas protegidas; el establecimiento de los procedimientos de adjudicación, y las medidas para seguimiento del plan (art. 13 LRDV –extracto libre–). Los planes municipales de vivienda y suelo incluirán una programación temporal de las actuaciones que resulten necesarias para satisfacer las necesidades de vivienda en su correspondiente municipio (art. 13.3 LRDV).
- 23 La neta división competencial entre Junta de Andalucía y ayuntamientos en el marco de la actividad de planeamiento, división que viene delimitada por la garantía institucional de la autonomía local, se quiebra cuando la ley concede a la Junta de Andalucía la potestad excepcional de establecer reservas de suelo con destino preferente a viviendas protegidas, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos de los planes de vivienda y suelo (art. 15 LRDV).
- 24 El derecho a la vivienda como derecho a una política pública se complementa con la determinación en la ley de las modalidades de ayudas que se habrán de recoger en los planes de vivienda y suelo con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda digna y adecuada. Entre las modalidades de ayuda se propone: préstamos cualificados, subvenciones de los préstamos, ayudas para facilitar el pago de cantidades entregadas anticipadamente a la adquisición de la vivienda, ayudas para facilitar el pago del precio de la vivienda o de la renta del alquiler, ayudas específicas a los jóvenes u otros colectivos con especial dificultad, ayudas a promotores, ayudas para fomento del alquiler y el arrendamiento con opción de compra, medidas para el desarrollo del suelo residencial con destino a viviendas protegidas y cualquiera otra que se estime conveniente (art. 9 LRDV –extracto–). Como garantía financiera de estas ayudas, la Junta de Andalucía habrá de fijar en sus planes de vivienda y suelo, y el legislador deberá hacer lo propio en la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma, los recursos económicos destinados a promover el derecho a la vivienda, incluyendo la gestión de ayudas estatales. Estas partidas presupuestarias se distribuirán entre los planes de vivienda y suelo municipales, dando preferencia a los grupos de población con menor índice de renta (art. 22 LRDV).

---

<sup>8</sup> Dicho plan será elaborado por la consejería competente y aprobado por el Consejo de Gobierno (art. 12.3 LRDV). El plan se revisará cada cinco años (art. 12.4 LRDV).

La doble vertiente del derecho a la vivienda, como derecho a una concreta y real política pública de vivienda y como derecho a acceder a una serie de ayudas que faciliten al acceso a la misma, desemboca en una doble garantía que la propia ley contempla. Por razones expositivas alteraremos el orden con el que aparecen en el art. 24 LRDV, además de que de esta forma se resalta más el principal de los contenidos del derecho a la vivienda: la obligación de los poderes públicos de promover las políticas necesarias que puedan ir satisfaciendo la demanda social de la misma. Concretamente, el art. 24.2 LRDV afirma que quienes acrediten interés legítimo<sup>9</sup>, transcurrido el plazo establecido en la disposición final segunda de la ley –dos años desde su entrada en vigor– podrán reclamar ante la correspondiente administración municipal el cumplimiento del deber de aprobar el plan de vivienda y suelo y promover activamente su ejecución, en caso de que éste haya sido aprobado. Esta reclamación ante la propia administración competente no dice la ley en qué puede acabar y si puede dar lugar o no a algún tipo de responsabilidad administrativa. Más bien, esta reclamación, como ahora lo justificaremos, se asemeja al potestativo recurso de reposición, pero sin sus consecuencias, en la medida en que se reclama frente a una inactividad de carácter general en ambos casos y que, por la naturaleza de la cosas, sólo admitiría, para ser un medio de tutela útil, la aprobación de un plan de vivienda y suelo sin demoras o la ejecución de las medidas contempladas en el mismo, caso de que ya hubiese sido aprobado. Así pues, esta vía de tutela sólo tiene la ventaja, a nuestro modo de ver, de sacar a la luz el contenido primario del derecho prestacional a la vivienda. 25

Sin embargo, el art. 24.1 LRDV remite al juez, garante natural de los derechos, para exigir de las administraciones públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada, en los términos establecidos en la comentada ley. Como entendemos que entre estas obligaciones está la de la elaborar los planes de vivienda y suelo, el juez será el destinatario último de los recursos frente a la inactividad de las administraciones públicas a la hora de implementar las políticas públicas de vivienda. Sobre qué pueda determinar el juez ante un incumplimiento de las obligaciones de carácter general por parte de la administración, tendrán que pronunciarse las leyes procesales del Estado a las cuales la ley que comentamos se remite. En el plano de las ayudas concretas a que los beneficiarios pudieran tener derecho la intervención judicial no presenta problemas ni para juzgar ni para ejecutar lo juzgado (art. 24.2 LRDV). 26

Como derecho a una concreta política pública que facilite el acceso a la vivienda deben poder proponerse otras formas de control más conciliables con la naturaleza del derecho. En la medida en que el poder político representativo es el sujeto obligado, puede bien pensarse en la figura del defensor del pueblo como órgano de control general o en la capacidad del propio agente político para evaluar sus políticas públicas, en el recto entendimiento que el derecho a una buena administración pasa por el derecho a una buena ley. 27

---

<sup>9</sup> Entendiendo por tal aquella persona que reúne los requisitos contemplados en el art. 5 de la presente ley y esté inscrita en el registro de personas demandantes de vivienda social.

## Artículo 26. Trabajo

*1. En el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, se garantiza a todas las personas:*

- a) El acceso gratuito a los servicios públicos de empleo.*
- b) El acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad.*
- c) El acceso a la formación profesional.*
- d) El derecho al descanso y al ocio.*

*2. Se garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. La ley regulará la participación institucional en el ámbito de la Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20901])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

*a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21063]).*

#### **Artículo 26.Trabajo**

*1. En el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, se garantiza a todos:*

- a) El acceso gratuito a los servicios públicos de empleo.*
- b) El acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad.*
- c) El acceso a la Formación Profesional.*
- d) El derecho al descanso y al ocio.*

*2. Se garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. La ley regulará la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito de la Junta de Andalucía.*

**b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23650]).**

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23903]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24259]).

### **Artículo 26. Trabajo**

1. *En el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, se garantiza a todos:*

a) *El acceso gratuito a los servicios públicos de empleo.*

b) *El acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad.*

c) *El acceso a la Formación Profesional.*

d) *El derecho al descanso y al ocio.*

2. *Se garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. La ley regulará la participación institucional en el ámbito de la Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 203]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 255]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 307]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 95]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

[s/c].

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 25); Comunidad Valenciana (art. 9.4, segundo párrafo y 10.3); Aragón (art. 26); Baleares (art. 27); Castilla y León (art. 13.4).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo
- Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía.
- Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de formación profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

## **E. JURISPRUDENCIA**

STC 22/1981, FJ. 9.º  
 STC 17/1993, FJ. 1.º  
 STC 107/1984, FJ. 4.º  
 STC 20/1994, FJ. 2.º  
 STC 100/2001, FJ. 5.º  
 STC 236/2007, FJ. 11.º

## **F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

BORRAJO DACRUZ, Efrén: «El derecho al trabajo en la sociedad española del siglo XXI», en *Actualidad Laboral*, núm. 19 (2007), pág. 3 y ss.

LAFARGUE, Paul: *El derecho a la pereza*. Marxist Internet Archive, 2008

MONEREO PÉREZ, José Luis: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

MONEREO PÉREZ, José Luis, y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 287 y ss.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. «El socialismo y el derecho al trabajo» en *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 422 y ss.

PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

SASTRE IBARRECHE, Rafael: *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. NATURALEZA, GARANTÍAS Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO SOCIAL AL TRABAJO EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA. C. CONTENIDO DEL DERECHO SOCIAL AL TRABAJO EN EL ESTATUTO. I. Planteamientos generales: luces y sombras del reconocimiento estatutario del derecho social al trabajo. II. La dimensión institucional individual. 1. El derecho a la gratuidad del servicio público de empleo. 2. El derecho a acceder en igualdad de condiciones a un empleo público. 3. El derecho a la formación profesional. 4. El derecho al descanso. 5. El reconocimiento del «opuesto» al derecho al trabajo: el derecho al ocio. III. La dimensión institucional colectiva. 1. La garantía de efectividad del papel de los interlocutores sociales en el sistema autonómico de relaciones laborales. 2. El derecho a la participación institucional de los sujetos sociales en el ámbito de la Junta de Andalucía. D. REFLEXIÓN FINAL.

### A. INTRODUCCIÓN

A diferencia de los Estatutos de primera generación, entre los que se incluye el Estatuto de Andalucía de 1981, los de segunda o nueva generación hacen especial hincapié en la inclusión de un amplio catálogo de derechos sociales de prestación, entre los que ocupa un papel destacado el más clásico de todos, el derecho social al trabajo. El nuevo Estatuto de Autonomía andaluz se alinea, con su art. 26, en la dirección de los Estatutos de autogobierno que con mayor intensidad recogen no sólo el derecho, sino también un conjunto, más o menos eficaz, de garantías de efectividad del mismo, yendo más allá de su reconocimiento constitucional. En este sentido, como veremos, si bien la estructura y el contenido de este precepto se asemejan en lo sustancial a los del pionero de esta nueva hornada, el art. 25 EAC, luego recogido en los posteriores –no así en el que resultó primero cronológicamente, el Estatuto de Autonomía valenciano–, en modo alguno representa dicho precepto una simple o mera imitación. <sup>1</sup>

En tiempos de profunda crisis económica, con una dramática situación española de pérdida de empleo, es especialmente interesante plantearse qué sentido tiene mantener la confianza en la capacidad de las normas institucionales para reconocer derechos sociales cuya efectividad no depende tanto de los poderes públicos como de la actividad económica privada e, incluso, ir más allá, e introducir garantías de efectividad para la credibilidad de los mismos. El interrogante no es baladí si se tiene en cuenta que la mayor parte de la doctrina, incluso la de signo progresista y de mayores vuelos de corte idealista (PECES BARBA, G. 1993, pág. 442), ha terminado inclinándose ante el <sup>2</sup>

pragmatismo y la evidencia empírica, que ponen de relieve la imposibilidad de que los poderes públicos, en una economía de mercado, puedan no ya reconocer, sino «garantizar» el derecho constitucional al trabajo, hasta llegar a preguntarse si no fue un error este reconocimiento constitucional. El art. 26 EAAAnd parece dejar bien claro que para el autogobierno, lejos de ser un error, el reconocimiento constitucional de este derecho es una buena vía para avanzar en el bienestar social, y exige un compromiso específico por parte de las políticas autonómicas en aras de una efectiva garantía de oportunidades reales de acceso a un «empleo» y, a partir de él, al desarrollo de un «trabajo decente».

- 3 No obstante, el contenido de este precepto desborda con mucho el planteamiento clásico que subyace a las normas constitucionales reconocedoras del derecho al trabajo, en la medida en que también refleja una dimensión eminentemente colectiva, al buscar la garantía del papel institucional determinante que realizan los actores o interlocutores socioeconómicos en el sistema de relaciones sociolaborales: sindicatos y patronales. Por lo tanto, en este precepto estatutario encontraría reflejo el modelo promocional típico de nuestra carta constitucional en orden a la autonomía colectiva de los trabajadores. Una previsión que no es de extrañar. Primero, porque es tónica general, seguida en la mayor parte de los Estatutos de nuevo cuño. Segundo, porque Andalucía ha venido asumiendo como una de sus señas de identidad el protagonismo de la concertación social, lo que presupone reconocer y garantizar a organizaciones empresariales y sindicatos un papel, no ya sólo como «sujeto contractual», sino también como «sujeto político», como queda reflejado en abundantes preceptos del Estatuto andaluz, comenzando por su art. 10.20.º, que configura como objetivo básico de la Comunidad Autónoma el diálogo y la concertación social, y reconociendo la función institucional –«relevante» la llama– que para ello «cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en Andalucía».
- 4 Sea como fuere, tampoco hay que hacerse demasiadas ilusiones acerca del alcance y sentido de esta inclusión estatutaria del derecho social al trabajo. En realidad, ninguno de sus elementos supone novedad reguladora alguna, pues su contenido corresponde estrictamente a derechos ya reconocidos y garantizados constitucional y legalmente. Por lo que, una vez más, estamos ante una norma con una función simbólica, pedagógica y, quizás, de expresión de un firme compromiso social con la centralidad todavía hoy del «valor trabajo» en nuestra sociedad, lo que desde luego no aparece claramente difundido en nuestros días, en los que sigue teniendo influencia el discurso que –desde diferentes posiciones ideológico-políticas– parte de lo contrario, de la «crisis del trabajo».

#### B. NATURALEZA, GARANTÍAS Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO SOCIAL AL TRABAJO EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

- 5 El precepto estatutario tiene, pues, dos partes netamente diferenciadas, aunque conexas, pues el derecho social al trabajo y las políticas de empleo dirigidas a hacerlo efectivo no pueden desligarse del sistema de relaciones laborales establecido. Si el art. 26.1 EAAAnd implica el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, a partir del que se proclamaría una serie de *garantías* para que su ejercicio sea efectivo para «todas las personas», el art. 26.2 parte del determinante papel institucional asumido por



los sujetos colectivos de las relaciones de trabajo. En el primer ámbito de garantías, los presupuestos constitucionales de este precepto serían los arts. 35.1 CE y 40 CE, mientras que el del segundo ámbito, el colectivo, lo sería básicamente el art. 7 CE. Desde este análisis básico y previo son diversos los problemas interpretativos que genera la óptima comprensión del precepto, por lo que ahora nos dedicaremos, de modo breve, a intentar desentrañarlos y clarificarlos.

La primera cuestión interpretativa relevante que suscita el precepto estatutario es la de delimitar el ámbito objetivo de protección, esto es, el conjunto de garantías que fija a fin de dar efectividad al derecho constitucional al trabajo. Como es natural, el Estatuto no aspira a reconocer la seguridad de acceso a un puesto de trabajo (modelo de protección fuerte o «máxima»), sino la garantía de acceso a un conjunto de prestaciones de servicio (modelo de protección débil o «mínima»). Con ello se reafirmarían su carácter de derecho subjetivo público y su naturaleza prestacional, siendo principal sujeto obligado el autogobierno y no el empleador, que siempre tiene libertad de contratar o de no hacerlo.

A este respecto, creo especialmente relevante poner de manifiesto que la opción estatutaria por la técnica de la garantía, al menos en su estructura formal y al margen del alcance concreto o preciso que luego presenta en su actualización institucional y práctica, supone admitir, frente a viejos planteamientos dogmáticos en contra, que no hay nada en los derechos sociales que impida considerarlos fuentes de deberes, tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos particulares. Cosa distinta es fijar qué tipo de normas y obligaciones –y a cargo de quién– es posible incorporar en cada caso. A este respecto, creo igualmente que la propia fórmula elegida por la norma estatutaria nos permite concluir que, a diferencia de lo que suele afirmarse con carácter mayoritario en sede doctrinal, este derecho no sólo admite su configuración como *normas-principio* (en el sentido de mandato de optimización y promoción, según aparecen en el art. 37 del Estatuto), sino también como *normas-regla*. Normas que son, cierto, eminentemente organizativas (dimensión de garantía institucional), como las relativas a las políticas activas de empleo o el sistema de formación profesional para el empleo, pero que también lo son de conducta (deberes de abstención, libertades).

Por eso, el precepto estatutario pretende reducir –no eliminar, que es imposible– la notable ambigüedad o indeterminación que preside el reconocimiento constitucional *ex* art. 35.1 CE. En este precepto aparecen muy diluidos los diferentes aspectos que integran la estructura normativa de todo derecho, incluso social (los sujetos obligados, el objeto protegido, las garantías de efectividad, límites). Una ya vieja doctrina del Tribunal Constitucional acotó el contenido esencial de este derecho, en su sentido más inmediato de derecho a un empleo o a un puesto de trabajo (ocupación), en una doble dimensión: la individual, que se concretaría en el «igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa», y la colectiva o institucional, consistente en un «mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma» (STC 22/1981, FJ 9.º). En consecuencia, las garantías del derecho social al trabajo de las personas se vincularían básicamente a la creación de «políticas de» –y el reconocimiento y garantía de

«derechos al»– empleo, conectando estrechamente las previsiones del art. 35.1 con el art. 40 CE, fundamento constitucional del hoy llamado sistema nacional de empleo (Ley 56/2003, de Empleo).

- 9 Queda patente, se insiste, en que este reconocimiento en modo alguno supone un angelical reconocimiento de las posibilidades del autogobierno, a través de la creación de una política de empleo propia, para asegurar un concreto empleo a cada trabajador, en la medida en que las ofertas de empleo –oportunidades concretas y actuales– están en manos básicamente de los sujetos privados, cuya decisión de crear o no empleo es libre, si bien puede ser promovida o inducida a través de los adecuados incentivos, y salvo lo previsto para los penados en instituciones penitenciarias en el art. 25 CE y con los límites establecidos por la doctrina constitucional (STC 17/1993, FJ 1.º). La crítica situación actual nos pone de relieve cómo a menudo se enfrentan las políticas dirigidas a la estabilización económica y las orientadas al pleno empleo, pese a que son presentadas en un plano de complementariedad por el art. 40.1 CE. En consecuencia, la debilidad de la protección en el ámbito de la relación individual de trabajo, ámbito ajeno en gran medida a la acción autonómica por ser competencia exclusiva del Estado su regulación (art. 149.1.17.ª CE), y que se concreta en deberes de conducta como la ocupación efectiva a cargo del empleador y derechos de estabilidad en el empleo, se torna en ambigüedad o indeterminación en relación con la dimensión colectiva, esto es, con la política de empleo orientada a dar efectividad al derecho social al trabajo como derecho a un empleo, o lo que es lo mismo, a acceder a una ocupación.
- 10 Ahora bien, aunque con estas limitaciones, tanto competenciales como sustantivas, no menos cierto es que cabe un significativo espacio para la acción de garantía razonable a cargo de un determinado marco autonómico de ordenación de políticas, derechos y servicios de empleo. En este sentido, entiendo que la opción socializadora del Estatuto es ambiciosa, porque apellida o adjetiva el trabajo que quiere garantizar, y que conecta con el principio de fomento del empleo de calidad (art. 37.10.º EAAnd). En este sentido, el presupuesto de la garantía no sería sólo el acceso a medidas de fomento del empleo, sino el «ideal» de que este empleo se refleje en un trabajo seguro y digno, «decente» (OIT). Por eso, entre las concepciones minimalistas del derecho, que lo reducirían a una libertad de trabajar, y las tesis maximalistas, que destacan la tarea pública de promoción de condiciones que hagan posible el derecho al puesto de trabajo, el precepto estatutario optaría por un modelo ponderado, razonable, en el que, sin poder garantizar la efectividad del puesto para cada persona, sí se asegura el acceso a servicios y derechos que hagan que las oportunidades potenciales sean útiles, serias, adecuadas, para facilitar ese acceso (derecho de oportunidad, no de seguridad).
- 11 Por lo que respecta a los sujetos titulares del derecho y a sus garantías, el precepto estatutario no hace mención directa del obligado, el titular pasivo. Del contenido se deduce con nitidez que esta posición se atribuye principalmente a los poderes públicos, en la medida en que las garantías se ligan a servicios públicos (de empleo, formativos, de ocio). Ahora bien, y sin necesidad de entrar en el tema de la eficacia frente a terceros de estos derechos de naturaleza prestacional, queda igualmente de manifiesto que no se descartan los compromisos de los empleadores, en la medida en que ciertas garantías se dirigen a ellos, como el derecho al descanso o, incluso, parte del derecho a la formación profesional. La inclusión del art. 25 dentro del Capítulo II del Título I hace aplicable, además, lo previsto en el art. 38, que garantiza también la eficacia del derecho social en

las relaciones entre particulares, eso sí, siempre que la «naturaleza de cada derecho» así lo permita, como sucede respecto de ciertas facetas y contenidos del derecho social al trabajo (por ejemplo, el derecho al descanso).

En cambio, por lo que hace a los titulares activos, a los sujetos beneficiarios, el precepto estatutario utiliza el título relativo a los derechos de la persona y, por tanto, a su extensión más allá de un cierto vínculo de ciudadanía, a diferencia de lo que establece expresamente el art. 35.1 CE, que lo atribuye sólo a los españoles (para una interpretación tradicional de esta atribución, que explicaría la diferencia de trato respecto de las personas inmigrantes extranjeras extracomunitarias, véase STC 107/1984, FJ 4.º). En suma, un «derecho cívico», un derecho de ciudadanía –cuya calificación de derecho fundamental en sentido estricto, en la técnica constitucional, sólo es predicable de los penados en instituciones penitenciarias– se transformaría en el enfoque autonómico en un «derecho inherente a toda persona», en un derecho de la persona. No es baladí esta previsión, pues puede suponer la apertura del acceso a las políticas activas de empleo, así como la formación profesional, que forma parte de aquéllas, también a los inmigrantes extranjeros extracomunitarios, aun en situación irregular (STC 236/2007, FJ 5.º). De ahí que sea una clave del principio de integración sociolaboral de estos colectivos sociales y los derechos de inserción o acogida sociolaboral que refleja el art. 37.11.º EAAnd, recuperando para el derecho al trabajo su clásica función de desarrollo de la personalidad, más allá de la mera función de garantía de renta para la subsistencia de las personas y de sus familiares, conforme a la directa previsión del art. 35.1 CE en relación con el art. 10.2 CE. En suma, refleja una concepción más evolutiva y realista del derecho al trabajo en la sociedad compleja de nuestros días.

Precisamente, el reconocimiento de este derecho a todas las personas permite plantear si se vincula al sistema de relaciones laborales, esto es, a una forma singular –aunque dominante– de trabajar, el trabajo asalariado, o nos permite ir va más allá, de modo que comprenda todas las formas hoy jurídicamente relevantes de actividad de prestación de servicios. Por tanto, debería incluir las *formas retribuidas* (trabajo asalariado, trabajo autónomo, trabajo público), por tanto las diversas relaciones sociales de empleo, no sólo las laborales en sentido estricto; no así las *formas no retribuidas* (trabajo voluntario, trabajo de cuidar en el sistema informal, etcétera). De este modo, se abriría la vía a la proyección de las garantías que reconoce el precepto estatutario a la reconstrucción de un auténtico «estatuto profesional de la persona» Realmente, salvo la referencia al empleo público, que sí presupone una relación de empleo dependiente, el resto de garantías forma parte de lo que hoy constituye el «derecho común de la actividad profesional» (acceso a servicios de orientación ocupacional, formación profesional, descanso y tiempo libre). Pese a ello, es conocida la posición restrictiva, también en esto, del Tribunal Constitucional, de modo que interpreta el derecho constitucional al trabajo, presupuesto inexorable del precepto estatutario, como reflejo de la tradición más ortodoxa jurídico-laboral, limitando ese derecho a las relaciones de trabajo por cuenta ajena y subordinada, esto es, las que presuponen un contrato de trabajo (SSTC 195/1996, FJ 5.º, y 95/2002, FJ 18.º).

### C. CONTENIDO DEL DERECHO SOCIAL AL TRABAJO EN EL ESTATUTO

#### I. Planteamientos generales: luces y sombras del reconocimiento estatutario del derecho social al trabajo

- 14 En suma, a mi juicio, la principal virtualidad de esta forma de incorporación al Estatuto de Andalucía –y en parecidos términos al resto de Estatutos de nueva generación– de un derecho social como es el trabajo es doble. De un lado, pone de manifiesto que es posible una estructura normativa para los derechos sociales de prestación que no se base sólo en la técnica del «derecho-sistema de principios», sino también en la del «derecho-sistema de reglas». De ahí que haya dividido el tratamiento de esta materia, ubicándola tanto en el ámbito de los objetivos básicos (art. 10) y los principios rectores (art. 37), como en el de los derechos sociales y garantías (políticas públicas). De otro lado, intenta paliar la extremada ambigüedad que preside el reconocimiento constitucional de este derecho y que está en la base de su descrédito como tal derecho.
- 15 Pero también tiene sombras importantes. Primero, porque no siempre queda claro qué se configura como «objetivo básico», qué como «principio rector» y qué como «derecho» en esta materia. Por ejemplo, que la prevención de riesgos laborales, que es una clave para un derecho al trabajo decente, aparezca como objetivo básico, cuando es claramente un derecho, garantía de efectividad a su vez de esas exigencias cualitativas en el ejercicio del derecho social al trabajo. Segundo, por la aparición de algunas facetas –y no de otras– de este derecho, lo que arroja cierta «arbitrariedad» técnica. En este sentido, no tiene, a mi juicio, justificación el que entre las garantías no aparezcan la prestación de forma segura y digna, no ya sólo porque son condiciones inexorables del reconocimiento por la Constitución de este derecho, sino porque su aseguramiento es competencia plena del autogobierno, pues a la Comunidad incumbe vigilar, a través de la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo, por que se cumplan esas condiciones constitucionales y, por supuesto, legales. Precisamente, este contenido aparece expresamente en cada uno de los Estatutos de nuevo cuño que incluyen este reconocimiento (art. 25.3 EAC; art. 13.4 EACL). Finalmente, por la confusión conceptual que igualmente expresa el que se incorpore como garantía del derecho social al trabajo, como veremos en breve, el «derecho al ocio» que, a diferencia del derecho al descanso, es justamente lo opuesto al derecho social al trabajo. La diferenciación es nítida en la Constitución, que recoge este derecho en el art. 43.
- 16 En realidad, la extremada heterogeneidad del contenido otorgado a este precepto parece responder, más que al intento de concretar y reforzar el derecho social al trabajo, a la consolidación de un núcleo duro o mínimo de derechos vinculados o relativos a la forma de trabajo socialmente dominante, el empleo por cuenta ajena. De ahí que incluya el catálogo tanto derechos individuales, como derechos colectivos e, incluso, garantías de tipo institucional (los servicios públicos de empleo). La formulación del resto de Estatutos es más clara al respecto. Así, el art. 25 EAC se intitula «Derechos en el ámbito laboral». O el art. 10.4 EACL, que reza «Derechos laborales», o el art. 27 EAIB, que se intitula «Derechos relativos a la ocupación y al trabajo», diferenciando por tanto, conforme a la dogmática jurídica moderna, entre derecho al empleo (toda forma de ocupación remunerada) y derecho al trabajo (la forma asalariada de ocupación). Sin

embargo, el precepto estatutario andaluz parece dirigirse a una dirección diferente, al menos en parte, vinculando directamente todos estos derechos-garantía al contenido del derecho constitucional al trabajo.

## II. La dimensión institucional individual

### 1. El derecho a la gratuidad del servicio público de empleo

La primera garantía concreta que aporta la norma estatutaria al ejercicio efectivo del derecho social al trabajo es el reconocimiento del carácter gratuito del acceso al servicio público de empleo, en nuestro caso, al Servicio Andaluz de Empleo (SAE). Refleja con toda nitidez el carácter prestacional del derecho social y su vinculación preeminente a la técnica de servicio público para su provisión, por supuesto en los términos razonables en que puede entenderse, no como aseguramiento de un puesto de trabajo, sino en la garantía de la constitución y funcionamiento eficaz de servicios profesionales orientados a facilitarle oportunidades serias, reales, para encontrarlo en el mercado de trabajo, sea por cuenta ajena (empleo asalariado), sea por cuenta propia (autoempleo). No sorprende que esté en todos los Estatutos de autonomía nuevos. 17

Pero carece de novedad reguladora alguna. Esta garantía ya está fijada en la normativa internacional y legal estatal que regula esta materia, considerada competencia exclusiva del Estado, aunque realmente el título que habilita para la creación de servicios públicos de empleo va más allá del relativo a la legislación laboral, si bien el Tribunal Constitucional viene manteniendo una lectura restrictiva (STC 95/1996, FJ 3.º). La gratuidad del servicio público de empleo se recoge en el art. 22.4 de la Ley de Empleo (LE). Este carácter gratuito se mantiene tanto si se presta directamente por el servicio público como si se hace a través de agencias privadas de colocación, ya lo hagan bajo la modalidad de entidades colaboradoras –en cuyo caso no se puede cobrar ni al trabajador ni al empleador–, ya lo hagan bajo modalidades autónomas y con ánimo de lucro –si bien en este último caso se podrá cobrar a los empleadores pero no a los trabajadores, según prevé aquel precepto–. 18

La transferencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía de esta competencia hace que el servicio público al que refiere sea el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), regulado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre. A día de hoy se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía. Si bien este servicio asumirá la forma organizativa de *agencia*, en virtud de la Ley 1/2011, de reordenación del sector público de Andalucía. 19

### 2. El derecho a acceder en igualdad de condiciones a un empleo público

No cabe duda de que entre el contenido esencial del derecho al trabajo están tanto la tutela de la libertad de trabajar como el derecho de acceder a un puesto de trabajo en igualdad de condiciones, no ya sólo sin discriminaciones –lo que debe estar jurídicamente garantizado de forma plena– sino también en igualdad de oportunidades –lo que resulta ya más un principio que una realidad–. Sin embargo, estos contenidos son objeto de protección por otros derechos y libertades específicos, por lo que su inclusión en este ámbito no aporta ningún valor añadido. De ahí que la práctica totalidad 20

de los nuevos Estatutos de autonomía haya omitido incluir estas garantías en el ámbito de los derechos vinculados o relativos al «trabajo» y/o la «ocupación» o empleo (conforme a la doble fórmula empleada por el art. 27 EAIB). Por eso sorprende que el precepto estatutario andaluz incluya una referencia a la garantía de acceso en igualdad de trato o de condiciones, pero no ya al empleo, sino, más concretamente, al empleo público. De este modo, pareciera vincularse esta garantía al derecho constitucional *ex* art. 35.1 CE, cuando no es así, como se sabe, pues esta exigencia se deriva del art. 23.2 y del art. 103.2 CE, en cuanto contenido básico del Estatuto del Funcionario Público al que remite (hoy recogido en la Ley 7/2007, EBEP).

### 3. El derecho a la formación profesional

- 21 En cambio, sí es usual incluir como garantía básica para el ejercicio del derecho al trabajo, tanto en su dimensión de acceso como en la de gestión preventiva de su pérdida, el derecho a la formación profesional, en especial aquella más directamente orientada al empleo. Todos los Estatutos de autonomía de nuevo cuño incluyen en este ámbito el derecho a la formación, así como a la promoción, profesional (por ejemplo, art. 25 EAC; art. 27 EAIB, y art. 10.4 EACL). Aparece como uno de los principios rectores de las políticas sociolaborales en el art. 40.2 CE, que manda a los poderes públicos fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, por lo que no se tipifica propiamente como un derecho social individual. A diferencia del Tribunal Constitucional, que mantiene vinculada la formación profesional al ámbito de la política de empleo y, por tanto, del derecho al trabajo y a la legislación laboral (SSTC 95/2002, FJ 6.º, y 190/2002, FJ 5.º), la legislación en materia educativa –estatal y autonómica– liga también el derecho a la formación profesional con el derecho a la educación (art. 27.1 CE).
- 22 Como es natural, esta doble vinculación no es baladí para las posibilidades que tiene el principio de autogobierno, en la medida en que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado, y no así la educación, materia asumida en gran medida, sin perjuicio de la legislación básica a cargo del Estado (LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) por las comunidades autónomas. Precisamente para tratar de delimitar con más corrección esta concurrencia de competencias, se había venido diferenciando netamente tres subsistemas de formación profesional: la *reglada*, la *ocupacional* y la *continua*. Sólo la primera sería competencia propia del sistema educativo, por tanto abierta también a la regulación autonómica, mientras que las otras dos serían «legislación laboral». Tras una década de vigencia de estas dos modalidades de formación profesional no reglada, el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, las ha integrado en un único modelo de formación profesional para el empleo –que se inspira el IV Acuerdo Nacional de Formación–, por lo que a las comunidades autónomas, por tanto a Andalucía, les incumbe gestionar este nuevo sistema, viéndose obligadas a adaptar sus programas a esta nueva normativa en un plazo máximo de dos años (DT 1.ª RD 395/2007), fruto a su vez de un acuerdo de concertación social de 2006 en el plano estatal (Gobierno, sindicatos y patronal).
- 23 A falta de una regulación adaptada en Andalucía a este nuevo sistema, siguen en vigor los que responden al viejo modelo dual. En todo caso, conviene poner de relieve que a la Junta de Andalucía incumben competencias de gestión y no de regulación, por

lo que es en el plano de sus políticas de formación profesional para el empleo como aquélla podrá incidir en la consolidación de este derecho social fundamental hoy. No obstante, en este ámbito existe un elevado margen de creatividad para las instituciones y, por tanto, en la práctica nos encontramos con significativas experiencias autonómicas que desbordan el estricto ámbito de la competencia de gestión, pero que ayudan significativamente para la configuración de la formación, no ya sólo como fuente para la distribución –a menudo descontrolada– de fondos públicos, sino para promover oportunidades reales de empleo.

#### 4. El derecho al descanso

En una sociedad civilizada no se concibe el derecho social al trabajo sin el derecho a un tiempo de no trabajo, esto es, a periodos de descanso, que limiten el tiempo de puesta a disposición empresarial. Inequívoco al respecto es el art. 40.2 CE. 24

Pero se trata de una garantía realizable básicamente a través de la legislación laboral y/o de la autonomía colectiva, por lo que, salvo en el empleo público, escaso margen de actuación tiene la Junta de Andalucía para incidir en este derecho. Excepto, como es obvio, en la definición de campañas de diversa índole dirigidas a asegurar que se produce su cumplimiento efectivo, incluida la actuación de la «policía laboral» que representa la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, orgánica y funcionalmente dependiente ahora de la Junta de Andalucía. 25

#### 5. El reconocimiento del «opuesto» al derecho al trabajo: el derecho al ocio

Lo que, a mi juicio, carece ya de sentido es que se garantice el derecho al ocio en el marco del ejercicio del derecho social al trabajo. Como acaba de decirse, lo que sí tiene sentido es el derecho al descanso, en cuanto expresión de la necesidad de limitar la jornada laboral y procurar espacios de autodeterminación para los trabajadores, incluso para los trabajadores autónomos (Ley 20/2007), pero no así el derecho social al ocio, que tiene un sentido y un contenido no sólo diferentes, sino contrarios, incluso histórica y etimológicamente, al derecho social al trabajo. En este sentido, ocio (*otium*) es contrario al negocio (*neg-otium*), y vendría a vincularse, en cierto modo, a la vieja aspiración revolucionaria del «derecho a la pereza» (LAFARGUE, P., 1848). 26

### III. La dimensión institucional colectiva

#### 1. La garantía de efectividad del papel de los interlocutores sociales en el sistema autonómico de relaciones laborales

Como antes se ha indicado, el derecho de la persona al trabajo no se entendería al margen no ya sólo de un «sistema nacional de empleo», sino tampoco –y sobre todo– de un «sistema de relaciones laborales». Este sistema, a su vez, no es concebible al margen del papel reconocido institucionalmente y desarrollado empíricamente por sus actores principales, como son los sujetos colectivos, los sujetos socioeconómicos, esto es, los sindicatos y las organizaciones empresariales. De ahí que todos los nuevos Estatutos de autonomía hayan dedicado una especial atención a esta dimensión colectiva. 27

28 En este ámbito, una vez reconocido el trascendental papel atribuido a estos sujetos por la Constitución en el moderno sistema socioeconómico y también político, en cuanto que no son sólo actores económicos, sino políticos en sentido amplio (éste es el sentido de su inclusión en los preceptos relativos al «techo ideológico-social» del Estatuto de Autonomía, como son los arts. 10.20.º y 37.12.º EAAnd), tiene sentido que el art. 26.2 garantice la efectividad de su funcionamiento en nuestra Comunidad. Con ello se refuerza territorialmente el modelo de fomento o promocional en esta materia programado por la Constitución (art. 7 y art. 28) y desarrollado a través de la legislación estatal (LOLS). En este sentido, y a diferencia de su modelo, el precepto catalán, la norma autonómica andaluza acoge la técnica de la garantía, y no ya la técnica del reconocimiento<sup>1</sup>, pues es evidente que el reconocimiento de derechos colectivos no es competencia autonómica –por afectar a la legislación laboral–, y sí el llevar a cabo políticas orientadas a darles efectividad a esas normas y a fomentar su desarrollo<sup>2</sup>.

29 La primera parte del apartado 2 refleja el compromiso de la Junta de Andalucía con la provisión de los medios necesarios para que los interlocutores sociales puedan desarrollar sus funciones constitucionales, legalmente desarrolladas en el plano estatal. Por lo tanto, en este ámbito no se proclama ninguna competencia reguladora, sino de apoyo o promoción, esto es, se fija el mandato de hacer una política orientada a facilitar las tareas constitucionalmente asignadas a los interlocutores sociales. Así sucedería con las instituciones creadas para favorecer la negociación colectiva (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales –CARL–, por ejemplo), o con la creación de sistemas de solución autónoma de conflictos laborales (como el Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía, SERCLA). O la atribución de recursos económicos para facilitar su labor, que no tiene sólo una dimensión contractual, sino que afecta al interés general.

2. El derecho a la participación institucional de los sujetos sociales en el ámbito de la Junta de Andalucía

30 El segundo inciso del apartado 2 sí concreta la garantía que ofrece al ejercicio de las funciones de los actores colectivos del sistema socio-económico en una competencia reguladora, en la medida en que remite a una ley autonómica la regulación de la «participación institucional» en la vida de las administraciones autonómicas y a favor de las organizaciones sindicales y empresariales que reúnan la condición o cualidad de más representativas en la Comunidad Autónoma. De este modo, se pretendería unificar en un cuerpo legal una materia que ahora aparece ampliamente dispersa en diferentes cuerpos legislativos. En Andalucía no hay, de momento, sindicatos que tengan la condición de más representativos sólo en Andalucía, como sí sucede en otras

<sup>1</sup> El art. 25.4 EAC atribuye a trabajadores, o a sus representantes, «derecho a la información, la consulta y la participación en las empresas». Asimismo, su apartado 5 se limita a reconocer que «las organizaciones sindicales y empresariales tienen derecho a ejercer sus funciones en los ámbitos de la concertación social, la participación y la colaboración social».

<sup>2</sup> Más correcto resulta, pues, el art. 27.2 EAIB, que «[...] proclama el valor de la concertación y del diálogo social como instrumento indispensable de cohesión social, y del papel institucional que en tal resultado tienen los interlocutores sociales más representativos, por ello se reconocen a los que cumplan las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico, las facultades, prerrogativas institucionales que tienen asignadas y su ineludible participación en la vida administrativa pública, ya que con ello contribuyen a la satisfacción de los intereses generales mediante el ejercicio de su función».



comunidades autónomas (es el caso de Galicia o del País Vasco; curiosamente, no de Cataluña), por lo que asumen esa condición sindicatos de amplio espectro territorial (UGT, CC OO, CSIF en las administraciones públicas).

Diversas comunidades autónomas han asumido ya esa regulación, y cuentan con una ley de participación institucional. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Cantabria 4/2009, de 1 de diciembre, de Participación Institucional de los Agentes Sociales en el Ámbito de la Comunidad Autónoma, que regula la intervención de los sindicatos y la patronal en la planificación y ejecución de las políticas de la Administración garantizando su independencia en todo caso. O la Ley 17/2008, de 29 de diciembre, de Participación Institucional de las Organizaciones Sindicales y Empresariales más Representativas de Galicia. O la Ley 8/2008, de 16 de octubre, para la Creación del Consejo del Diálogo Social y Regulación de la Participación Institucional de Castilla y León, entre otras. En el caso de Andalucía, está pendiente de aprobación, pero ya se ha asumido el compromiso de llevar el proyecto de ley al Parlamento. Paradójicamente, no existe ni una sola mención de esta materia en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que sí recoge el derecho del ciudadano a participar en la administración, pero no el derecho colectivo. Y no está mencionado entre los principios de buena administración. 31

#### D. REFLEXIÓN FINAL

Al margen de sus limitaciones jurídicas, un precepto de este tipo evidencia la importancia de la dimensión social del nuevo Estatuto, sobre todo la centralidad del principio de fomento del empleo de calidad, que se situaría como una auténtica prioridad, lo que no siempre ocurre. No obstante, en el plano jurídico son evidentes las limitaciones, y realmente no aporta contenido novedoso alguno, y quizás no podría. Si bien es cierto que sí tiene un espacio significativo en orden a formalizar en derechos situaciones hoy meramente de principios, porque está en el marco de su competencia. Por tanto, y como tantos otros, más allá de su valor jurídico está su enorme valor simbólico, que reedita la confianza en un derecho clave para la sociedad moderna, pero que hoy vive horas muy bajas, cuestionándose tanto su posibilidad como derecho, cuanto su valor en el mundo basado en una sociedad del conocimiento. 32

**Artículo 27. Consumidores**

*Se garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20911])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21078]).

**Artículo 27. Consumidores**

*La ley regulará el derecho a la información y protección de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios, así como los mecanismos de participación de los mismos y el catálogo de derechos del consumidor.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23667]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23903]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24259]).

**Artículo 27. Consumidores**

*Se garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor, así como la indemnización y reparación del daño.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 203]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 255]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 309]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 95]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Art. 18*

*1. Corresponde a la Comunidad Autónoma andaluza, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149, 1,11 y 13, de la Constitución, la competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]*

*6.º Comercio interior. Defensa del consumidor y el usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre defensa de la competencia.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 10.28); Cataluña (art. 28); Galicia (art. 30); Principado de Asturias (art. 11.8); Cantabria (art. 25.6); La Rioja (art. 9.3); Murcia (art. 11.7); Comunidad Valenciana (art. 11.5); Aragón (art. 17); Castilla-La Mancha (art. 32.6); Canarias

(art. 31.3); Comunidad Foral de Navarra (art. 56); Extremadura (art. 8.7); Baleares (art. 11.9); Madrid (art. 27.10); Castilla y León (art. 16.6).

#### **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 39/2002, de 28 de octubre, de Trasposición al Ordenamiento Jurídico Español de Diversas Directivas Comunitarias en Materia de Protección de los Intereses de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.
- Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía.
- Decreto 152/2002, de 21 de mayo, de la Junta de Andalucía, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Asociaciones de Andalucía.
- Decreto 32/1986, de 19 de febrero, por el que se regula el Registro Público de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía.
- Decreto 58/2006, de 14 de marzo, por el que se regula el Consejo de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.
- Orden de 26 de septiembre de 2007, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Consumidores y Usuarios de Andalucía.
- Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.
- Real Decreto 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios.
- Real Decreto 1203/2002, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones.

#### **E. JURISPRUDENCIA**

STC 71/1982, FJ 1.º

STC 15/1989, FJ 1.º

STC 56/1995, FJ 3.º

#### **F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Derecho a la información, formación y educación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 217-226.

DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, Victoria: «El derecho de información como garantía en la contratación de los consumidores y usuarios», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 3 (2008), págs. 393-407.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio: «Notas sobre el derecho de información del consumidor», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 (1980), págs. 699-724.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La protección del consumidor como principio general del Derecho», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 73 (2005), págs. 55-68.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Aranzadi, Navarra, 2009.

ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Comentario al art. 13», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cívitas, Madrid, 1992.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «La regulación normativa de la distribución competencial», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3 (1984), págs. 161-169.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: SIGNIFICADO Y ALCANCE. C. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS A TRAVÉS DE SUS ASOCIACIONES.

### A. INTRODUCCIÓN

Una de las competencias con mayor grado de complejidad y que mayor litigiosidad ha provocado ante el Tribunal Constitucional es la que hace referencia el precepto que ahora se comenta. Las razones que motivan esta afirmación son múltiples: De una parte, el hecho insoslayable de que el consumo constituye una materia multidisciplinar a la que afectan transversalmente muchos de los títulos competenciales que el Estado tiene asumidos en el art. 149.1 CE (así, legislación civil o mercantil, coordinación general de la sanidad, legislación procesal y comercio exterior). De otra, que la propia Constitución española rehúsa realizar una asignación competencial de la materia ya sea a favor del Estado o a favor de las comunidades autónomas. Es más, para mayor complicación, de la doctrina del Tribunal Constitucional que después se detallará, puede deducirse que «la defensa de los consumidores y usuarios» no es una «materia» en sentido propio, sino un objetivo general de la actividad pública, susceptible de lograrse a través de técnicas y ámbitos materiales de lo más variado y heterogéneo. De ahí que, como bien afirma SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1984, pág. 165), pueda afirmarse que se trata de un concepto normativo que posee una utilidad limitada desde la perspectiva de la distribución de competencias y con una eficacia materialmente residual, pues permitirá

que las comunidades autónomas adopten cuantas actuaciones no sean adscribibles al Estado por no estarle expresamente reservadas a éste en el art. 149 CE.

- 2 Ahora bien, que la defensa de los consumidores y usuarios se enmarque dentro de los «principios rectores de la política social y económica» dada la ubicación del art. 51 en el texto constitucional y que, por tanto, no sea conceptuable como norma competencial específica, ha supuesto una doble suerte de efectos en cuanto a la asignación de la competencia a favor de una u otra instancia territorial: En primer lugar, no constituye óbice para afirmar al propio tiempo que, dada la singularidad de la materia, el Estado dispone a priori de diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para todas las comunidades autónomas, que tienen una evidente incidencia en ella (STC 15/1989, FJ 1.º). Conviene recordar, en este sentido, que, como ya se dijo en la STC 71/1982, la defensa del consumidor es un

concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias (FJ 1.º).

- 3 En otras palabras, esta materia se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el art. 149.1 CE a los efectos de concretar las competencias del Estado, lo que obliga a encontrar criterios de elección de la regla aplicable mediante la indagación de la razón o fin de la norma en cuestión. Es por ello que la mera conexión de esta materia con el objeto de las normas reguladoras de otros sectores específicos (crédito, banca y seguros, pesas y medidas, transportes y comunicaciones, etcétera) y no directamente dirigidas a regular la situación jurídica de los consumidores y usuarios de tales sectores, no autoriza en modo alguno a entenderlas incluidas en ésta pues para ello se requiere algo más que una mera incidencia o confluencia material. Se necesita que afecte a su individualidad y razón de ser.
- 4 Y es que, comoquiera que la sustantividad o especificidad de la materia es, en líneas generales, el resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostenta atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio incide directa y necesariamente en las competencias que sobre «defensa del consumidor y del usuario» corresponden a determinadas comunidades autónomas, las cuales, en ese caso, también podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales.
- 5 La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (art. 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 CE, principalmente), es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de autonomía. En definitiva, estamos ante una materia que, dado su carácter

pluridisciplinar, resulta en todo caso compartida entre el Estado y las comunidades autónomas.

En segundo lugar, el hecho de que el art. 149.1 CE no mencione expresamente la rúbrica «defensa de los consumidores y usuarios» provocó que se abriera, al menos en estrictos términos formales, la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía asumieran la competencia como «exclusiva» sobre la misma por virtud de la conocida como cláusula residual de primer grado del art. 149.3 CE. <sup>6</sup>

Pero si bien las comunidades autónomas se apresuraron a autoatribuirse la materia «defensa de los consumidores y usuarios», lo hicieron de forma desigual o, dicho en palabras del Tribunal Constitucional, la materia no ha sido competencialmente asumida por todas las comunidades autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias que no fueron atribuidas estatutariamente a las comunidades autónomas por imposibilidad constitucional, o por simple decisión de los propios Estatutos, se mantuvieron retenidas por el Estado en virtud del art. 149.3 CE (cláusula residual de segundo grado), lo que trajo de suyo dos efectos: uno, la necesidad de que el legislador estatal, en el ejercicio de esta competencia dictara la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Protección de Consumidores y Usuarios, y posteriormente el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sin perjuicio de que su aplicabilidad y eficacia no alcance por igual, por las razones dichas, a todo el territorio nacional. Y dos, que los eventuales excesos competenciales que pudieran producirse en ellas no siempre abocaran ineludiblemente a la declaración de inconstitucionalidad, sino a la de su ineficacia o inaplicabilidad directa en función de que las comunidades autónomas dispongan o no de mayor o menor competencia en la materia. <sup>7</sup>

## B. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: SIGNIFICADO Y ALCANCE

Como ha afirmado LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005, pág. 57), la protección del consumidor ha desplegado tal energía orientadora que, en buena medida, ha dado origen a un conjunto de disposiciones comunitarias, nacionales y autonómicas que han hecho que verdaderamente su génesis y existencia se deba, en lo fundamental, a la política de protección de los consumidores, considerados en su conjunto, como grupo o colectivo necesitado de una especial defensa y salvaguarda. Junto a ello, conviene resaltar la trascendencia renovadora de algunos mecanismos, técnicas o instrumentos que en la aplicación cotidiana del derecho han venido a fortalecer la posición del consumidor frente a los suministradores de bienes y servicios, de manera tal que en buena medida puede afirmarse que la visión codificada ha recibido un soplo de reequilibrio material en la generalidad de las relaciones contractuales de consumo. <sup>8</sup>

Pues bien, uno de estos derechos que ha venido reforzándose en el ordenamiento jurídico es el derecho de información de los consumidores y usuarios, el cual ya venía reconociéndose en el art. 51 CE como uno de los aspectos que deben promover los poderes públicos, si bien su consideración como un auténtico derecho no ha estado exenta de polémica, en tanto que no han faltado opiniones que lo han entendido como un simple principio rector de la política social y económica de mercado o, a lo más, <sup>9</sup>

como un mero derecho instrumental al servicio de la protección de los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios, pero carente de sustantividad propia. Pero lo cierto y verdad es que la forma verbal futura que adopta el precepto («los poderes públicos fomentarán»...) no sólo refleja el carácter imperativo del mandato constitucional, sino también el punto de partida que se orienta hacia el futuro en el desarrollo de la política de protección del consumidor y usuario (DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., 2008, pág. 395).

- 10 Así pues, tendencialmente, desde la aprobación de la Constitución, los consumidores, ya sea utilizada esta expresión como grupo o como miembro individual del colectivo, tienen derecho a *estar y ser* informados respecto de cualesquiera relaciones contractuales que deseen acometer. Información que, a su vez, integra el derecho a la formación y educación, tal y como viene reconocer y regular el art. 17 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Este triple derecho cuya tutela corresponde y que resulta exigible frente a los poderes públicos, a los medios de comunicación social y a los oferentes (productores o empresarios) de bienes, productos y servicios a la hora de realizar su etiquetado y presentación de forma que no induzcan a error al consumidor, es susceptible de admitir diversas formas y expresiones, tales como reconocer el derecho a la información en materia de consumo, el derecho a la información correcta sobre los diferentes productos y servicios o el derecho a la información veraz, correcta, eficaz y suficiente. En cualquier caso, el sentido y finalidad del reconocimiento de este derecho es el mismo, pudiendo afirmarse con rotunda certeza y con carácter general, que a los consumidores y usuarios se les reconoce legalmente un derecho a la información, de manera que puedan asegurarse de la identidad de los bienes y servicios, realizar su elección basándose en criterios de racionalidad y utilizarlos de modo satisfactorio, participando activamente en su propia protección frente a la publicidad, promoción y oferta ilícitas.
- 11 El deber de información corresponde, por tanto, a la Administración y a los empresarios. Cuestión distinta es determinar el grado e intensidad con que corresponde a una y a otros darle cumplimiento. Para GÓMEZ SEGADE, A. (1980, págs. 151 y 153), no cabe duda que el deber prioritario de información recae sobre los empresarios, cualquiera que sea la forma jurídica adoptada y cualquiera que sea su carácter, público o privado. Y si se conviene en que la información constituye por sí misma un servicio público al que tienen derecho todos los ciudadanos en cuanto consumidores y usuarios, actuales o potenciales, habrá que colegirse que el deber de informar por parte de la Administración es más amplio que el que corresponde a los empresarios, pues –y aquí reside el *quid* de la cuestión– los poderes públicos no sólo han de proporcionar información propia en cuanto titulares de empresas del sector público, sino que deben recolectar y difundir información sobre los bienes, servicios y cualquier otro dato de interés para el consumidor, procedente de todos los protagonistas y operadores profesionales del tráfico económico. No obstante, algunas voces se alzan cuestionando esta posición prioritaria de la Administración en cuanto al deber de ofrecer esta información, considerando unos que los poderes públicos habrán de facilitar la información que dispusieran por razón de su función de control de los bienes y servicios (ORTÍ VALLEJO, A., 1992, págs. 402 y 403) mientras que otros entienden que lo esencial es que el consumidor y usuario obtengan una información comprensible, veraz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a su



disposición en el mercado, con entera independencia de cuál sea su fuente y, por tanto, si no obtiene esta información por parte del empresario podrá requerirla de la Administración (ÁLVAREZ LATA, N., 2009, pág. 222).

La Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía terna en esta cuestión, distinguiendo dos tipos de deberes: uno dirigido a la Administración y otro a los empresarios –esto es, responsables de la producción, comercialización, distribución y venta de bienes o prestación de servicios–. El primero no consiste tanto en ofrecer la información como en adoptar las medidas eficaces para hacerla posible y para que ésta sea veraz (art. 16). El segundo, se configura como una obligación amplia, no sólo en orden a otorgarla, sino en hacerlo de forma «veraz, suficiente y comprensible sobre las características de los mismos, los procedimientos de contratación y todo aquello que afecte a su uso y consumo». Obligación que aparece reforzada en el art. 71.5, al establecerse como infracción en materia de información y publicidad el incumplimiento de las obligaciones asumidas voluntariamente a través de los códigos de buenas prácticas cuando se haya manifestado la adhesión a éstos en la oferta, promoción o publicidad, hacer publicidad engañosa o subliminal, así como difundir anuncios en los que no aparezca su carácter publicitario o no se presenten perceptiblemente deslindados de los mensajes informativos. Todo ello, entendido conforme a la legislación general de publicidad y en cuanto pueda afectar a los consumidores, así como usar en la publicidad comercial los resultados de los estudios de mercado realizados por la Administración directamente o a través de entidades colaboradoras u organizaciones y asociaciones de consumidores.

12

En cualquier caso, este deber de información se instrumentaliza a través de dos vías con funcionalidades distintas aunque complementarias: una, los medios de comunicación social de titularidad pública y otra, las oficinas de información al consumidor. A través de la primera, la información se canaliza mediante espacios y programas *no publicitarios*, esto es, divulgativos y educativos, a los que conforme a su contenido y finalidad, tendrán acceso y participación las organizaciones y asociaciones de consumidores, así como los sectores, públicos y privados, suministradores de bienes y servicios afectados. A través de la segunda, se trata de ofrecer información, orientación y asesoramiento a los consumidores con la extensión y límites que establecen sus preceptos reguladores.

13

### C. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS A TRAVÉS DE SUS ASOCIACIONES

El derecho de asociación es uno de los elementos capitales de carácter estructural básico de nuestro Estado social y democrático de derecho (STC 56/1995, FJ 3.º), por lo que, de esta afirmación fácil resulta colegir que las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas a su amparo, podrían definirse como una institución definitoria de la estructura básica del derecho de participación, que promueve, gestiona y defiende los intereses propios del colectivo que agrupa, constituyéndose en cauce de reivindicación de sus derechos, dotadas de personalidad jurídica y plena capacidad para introducirse en el tráfico jurídico y entablar relaciones con otras instituciones, públicas o privadas en defensa de sus intereses. En definitiva, las asociaciones de consumidores y usuarios se

14

configuran como un instrumento útil para el efectivo desarrollo y ejercicio de determinados derechos de evidente relevancia jurídico-pública.

- 15 Que el derecho de asociarse constituye un auténtico derecho subjetivo es una afirmación que, por obvia, no requiere de mayor análisis ni justificación por lo que su reconocimiento en el art. 27 que ahora se comenta no tiene más que contenido y efectos declarativos, constituyendo así un precepto que, si bien en nada puede obstar a su contenido sustantivo, sin embargo, desaprovecha una magnífica oportunidad para dejar clarificada y definitivamente resuelta la cuestión competencial. Trataré de explicar el porqué de esta afirmación.
- 16 El art. 13.25 EAA de 1981 atribuía a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, por lo que a la Comunidad andaluza le quedaba atribuida la competencia para desarrollar los aspectos de organización y funcionamiento de las asociaciones, incluidas, por tanto, las de consumidores y usuarios. Por su virtud se dictó la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía. Al propio tiempo, han de tenerse en cuenta las regulaciones contenidas tanto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación, como en el citado Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que dedicaba el Título II a las asociaciones de consumidores y usuarios, si bien su aplicación se circunscribe, con carácter general –y a salvo de algunas cuestiones reguladas en el texto al amparo del art. 149.1 CE que, como es natural, son de aplicación a todas las asociaciones–, a las que son de «ámbito supraautonómico» (art. 22 *in fine* del citado real decreto legislativo). En consecuencia, y *a sensu contrario*, las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito autonómico habrían de regularse por la normativa de su Comunidad. Si ésta existe, claro, que es lo que hubiera sido previsible y deseable. Precisamente la STC 15/1989 partía de una realidad inexacta: que las comunidades autónomas habían asumido esta competencia y, en consecuencia, declaró no directamente aplicables a las comunidades autónomas algunos preceptos de la Ley 26/1984, de Protección de Consumidores y Usuarios. Pero, curiosamente, los Estatutos de Autonomía habían asumido la competencia en materia de «consumidores y usuarios», pero no así en la materia de «asociaciones de consumidores y usuarios». La cuestión no suscitó especiales problemas, ya que las comunidades autónomas podían, como así lo hicieron, al amparo de este título competencial, integrar en su contenido el propio de las asociaciones.
- 17 Por esta razón, en algunos casos, con buen criterio la reforma estatutaria se ha aprovechado para completar la asunción de esta competencia –siendo éste el caso del Estatuto catalán–, mientras que en otros –la mayoría– ha optado por no hacerlo así. Ante este dispar panorama, según exista o no normativa específica en materia de asociaciones de consumidores y usuarios, las leyes autonómicas sobre asociaciones serán, según los casos, de aplicación preferente o serán de aplicación supletoria, en aplicación de la consabida regla de desplazamiento de la normativa especial sobre la general. Pero es más. La propia Ley Orgánica 1/2002 resultará de aplicación supletoria de la normativa autonómica sobre asociaciones de consumidores y usuarios y tendrá carácter preferente en los demás casos, teniendo en cuenta que pasa a ser supletoria, como es el caso de Andalucía, de la Ley de Asociaciones de esta Comunidad

Autónoma. Como bien afirma MARÍN LÓPEZ, J. J. (2009, págs. 331 y 332), ello se fundamenta en la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 1/2002, que establece la supletoriedad de dicha ley respecto de otras que regulen tipos específicos de asociaciones, que puede hacerse «sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas». Esta expresión, afirma MARÍN LÓPEZ –opinión que comparto en su integridad–, desempeña un doble papel. De un lado, salvaguarda las normas aprobadas por una comunidad autónoma en virtud de las cuales se procede a regular las asociaciones de consumidores y usuarios, con la consecuencia de que dichas normas se aplicarán con preferencia a la aplicación supletoria de la propia ley orgánica. Y, de otro, salvaguarda igualmente las reglas sobre supletoriedad que puedan establecer el orden, preferente o supletorio, de sus propias normas, determinando si debe aplicarse en primer lugar la ley autonómica sobre «asociaciones» o la ley autonómica de «asociaciones de consumidores y usuarios».

**Artículo 28. Medio Ambiente**

*1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes.*

*2. Se garantiza este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales.*

*3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos, en los términos que establezcan las leyes.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20911])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21060]).

**Artículo 28. Medio Ambiente**

*Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [págs. 23650, 23667 y 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24260]).

**Artículo 28. Medio Ambiente**

1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes.

2. Se garantiza este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales.

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 8]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 203]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 255]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 307]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

**2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 95]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

**B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981****Artículo 12. [Ejercicio de los poderes de la comunidad]**

1. La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitará la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social.

2. La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política.

3. Para todo ello, la Comunidad Autónoma ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos: [...]

5.º El fomento de la calidad de vida del pueblo andaluz, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, y el desarrollo de los equipamientos sociales, con especial atención al medio rural.

### C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (arts. 27 y 46); Cantabria (art. 25.7); Murcia (art. 11.2 y 11.3); Comunidad Valenciana (art. 17.2); Aragón (art. 18); Castilla-La Mancha [art. 4.4 f) y g)]; Extremadura (arts. 1. 4, 7.7 y 7.8); Baleares (art. 23); Castilla y León [arts. 15 b) y 16.15].

### D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión de la Calidad Ambiental.

### E. JURISPRUDENCIA

STC 199/1996, FJ 3.º

STC 119/2001, FF.JJ. 4.º-6.º

STC 247/2007, FF.JJ. 13.º-15.º

ATC 242/1985, FJ 1.º

### F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

ALPA, Guido: «El derecho subjetivo al medio ambiente salubre: ¿nuevo derecho o expediente técnico?», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 101, núm. 2 (2002), págs. 413-428.

BELLVER CAPELLA, Vicente: «El contenido del derecho al medio ambiente», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34 (2000) (Número especial dedicado a Opinión pública y democracia), págs. 199-220.

DELGADO PIQUERAS, Francisco: «Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38 (1993), págs. 52-56.

EMBID IRUJO, Antonio: «El derecho al medio ambiente en los nuevos Estatutos de autonomía», en EMBID IRUJO, A. (Coord.): *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 29-62.

GROS ESPIELL, Héctor: «La protección del medio ambiente en el derecho constitucional», en *Actualidad Administrativa*, núm. 39 (1997), págs. 855-868.

HÄBERLE, Peter, «El Concepto de los Derechos Fundamentales», en VV.AA., *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*, Edición de José M.<sup>a</sup> Sauca. Universidad Carlos III. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid 1994, págs. 81-126.

IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio: «El medio ambiente como derecho fundamental», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 231 (2007), págs. 141-188.

JARIA I MANZANO, Jordi, y VERNET I LLOBET, Jaume: «El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 (2007) (Núm. dedicado a Derechos Fundamentales), págs. 513-533.

JORDANO FRAGA, Jesús: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.

—: «El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva», en «Humana Iura de Derechos Humanos», *suplemento de Persona y Derecho*, núm. 6 (1996), págs.121-152.

—: «La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre Responsabilidad Medioambiental, en *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español*, Monografía 7.<sup>a</sup>, asociada a la Revista de Derecho Ambiental, Aranzadi, Elcano 2005, págs. 13-49, y en *Estudios de Derecho ambiental europeo*, LETE, Pamplona 2005, págs. 62-104.

LOPERENA ROTA, Demetrio: *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Cívitas, 1998.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «El derecho a la protección del medio ambiente», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10 (1991), págs. 161-201.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95 (1997), págs. 347-364.

MANTINI, Pierluigi, «Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente», en *Rivista giuridica dell'ambiente*, núm. 2, 2006, págs. 207-226.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe: «Jurisprudencia constitucional comparada sobre el derecho al medio ambiente: comentario de dos sentencias», en *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1 (1993), págs. 381-394.

MARTÍNEZ GARCÍA, Graciela: «Naturaleza jurídica del derecho constitucional al medio ambiente», en *Comunicaciones del I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Sevilla, 1996, págs. 159-166.

MERINO GIL, Ana Begoña: «Eficacia del artículo 45.1 de la Constitución sobre el derecho de un medio ambiente adecuado: problemas para su desarrollo legislativo», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 218 (2005), págs. 185-199.

MONTOSO CHINER, María Jesús: *Inactividad y Responsabilidad administrativa del Estado legislador por la "muerte de los bosques". La cuestión de la causalidad*, en *Gobierno y Administración en la Constitución, Vol. II*, Dirección General de Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1988, págs. 1141-1173.

ORTEGA, Luis: «El derecho a un medio ambiente adecuado y a la calidad de vida, en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Comentario a la constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1637-1656.

PAREJO ALFONSO, Luciano José: «El derecho al medio ambiente y la actuación de la administración pública», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12 (2001), págs. 371-401.

PINAR DÍAZ, Luis: «El derecho de la persona a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 18, (1995), págs. 243-259.

POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto: «El derecho al medio ambiente», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, extra (1998), págs. 557-590.

ROCCA, María Elena: «El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el amparo en la jurisprudencia de nuestros tribunales de apelaciones», en *Revista de Derecho Público*, núm. 30 (2007), págs. 105-113.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: «La constitucionalización del derecho del medio ambiente en Francia: principios y derechos de la Charte de l'environnement», en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., RUIZ-RICO RUIZ, G., y PÉREZ SOLA, N. (Coords.): *Estudios de derecho ambiental (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 11-34.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier: *El derecho al ambiente como derecho de participación*, Ararteko/Parlamento Vasco, Vitoria, 1993.

SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús: «Las virtualidades del derecho constitucional al medio ambiente», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 2 (1997), págs. 303-322.

VELASCO CABALLERO, Rafael, «El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho Público subjetivo y/o principio rector?», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19 (1994), págs. 77-114,

VV.AA.: *El derecho a un medio ambiente adecuado* (Coord. Embid Irujo, A.), Iustel, Madrid, 2008.



## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA INTRODUCCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE ENTRE LOS DERECHOS/DEBERES ESTATUTARIOS (ARTS. 28/36 EAAND) Y DE LA TECNOLOGÍA ENTRE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL NIVEL ESTATUTARIO (ARTS. 37-38 EAAND). C. VALOR DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL ESTATUTO.

### A. INTRODUCCIÓN

La acogida del medio ambiente en el Estatuto de Autonomía ha experimentado un verdadero *big-bang*. De una tímida presencia en los objetivos y competencias se ha evolucionado hacia un Estatuto impregnado de la idea ambiental, con contenidos propios y específicos. Las novedades destacables en materia de medio ambiente en el Estatuto de Andalucía pueden cifrarse en: a) la introducción del medio ambiente entre los derechos/deberes estatutarios [arts. 28/36 EAAnd] y de la tecnología de los principios rectores en el nivel estatutario [arts. 37-38 EAAnd]; b) la redefinición y modernización de las competencias en materia de medio ambiente, y c) la introducción del Título VII, «Medio ambiente» [arts. 195-206].<sup>1</sup>

### B. LA INTRODUCCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE ENTRE LOS DERECHOS/DEBERES ESTATUTARIOS (ARTS. 28/36 EAAND) Y DE LA TECNOLOGÍA ENTRE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL NIVEL ESTATUTARIO (ARTS. 37-38 EAAND)

En el marco de un verdadero proceso de constitucionalización de los estatutos –en tanto que carta de derechos ciudadanos–, el Capítulo II, «Derechos y deberes», del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable. La fórmula se basa en el reconocimiento –a imagen y semejanza del art. 45 CE– de un derecho de todas las personas<sup>2</sup>

a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes.

En este sentido vemos el apartado segundo como explicitación o desarrollo del art. 45.2 CE. En vez de establecer una obligación para los poderes públicos de utilización racional de los recursos naturales, se estipula el resultado de la acción de los poderes públicos: se garantiza este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales. El plus diferencial es la orientación o configuración como derecho procedimental (art. 28.3 EAAnd). La estructura derecho-deber del art. 45.1 CE se completa en el art. 36 EAAnd, al determinar que «En el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de los deberes constitucionalmente establecidos, el Estatuto establece y la ley desarrollará la obligación de todas las personas de [...] b) Conservar el medio ambiente».<sup>3</sup>

- 4 No obstante, el apartado 2 del art. 36 establece un plus de concreción del deber, al determinar que las empresas que desarrollen su actividad en Andalucía «se ajustarán a los principios de respeto y conservación del medio ambiente establecidos en el Título VII». La Administración autonómica «establecerá los correspondientes mecanismos de inspección y sanción».
- 5 Es fácil detectar la fuente de inspiración de este precepto en el art. 27 del nuevo Estatuto Catalán aprobado mediante la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que establece:

*Art. 27. Derechos y deberes con relación al medio ambiente*

1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud, de acuerdo con los estándares y los niveles de protección que determinan las leyes. Tienen también derecho a gozar de los recursos naturales y del paisaje en condiciones de igualdad y tienen el deber de hacer un uso responsable de los mismos y evitar su despilfarro.

2. Todas las personas tienen derecho a la protección ante las distintas formas de contaminación, de acuerdo con los estándares y los niveles que se determinen por ley. Tienen también el deber de colaborar en la conservación del patrimonio natural y en las actuaciones que tiendan a eliminar las diferentes formas de contaminación, con el objetivo de su mantenimiento y conservación para las generaciones futuras.

3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos. El derecho de información sólo puede ser limitado por motivos de orden público justificados, en los términos que establecen las leyes.

- 6 El nuevo Estatuto de Andalucía, paralelamente, establece el respeto del medio ambiente como principio rector:

*Art. 37. Principios rectores*

1. Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el art. 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores: [...]

20.º El respeto del medio ambiente, incluyendo el paisaje y los recursos naturales y garantizando la calidad del agua y del aire.

21.º El impulso y desarrollo de las energías renovables, el ahorro y eficiencia energética.

22.º El uso racional del suelo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para evitar la especulación y promoviendo el acceso de los colectivos necesitados a viviendas protegidas

- 7 Nuevamente, la inspiración en cuanto a la consagración de principios rectores en el nivel estatutario es el Estatuto Catalán<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 46. *Medio ambiente, desarrollo sostenible y equilibrio territorial*

1. Los poderes públicos deben velar por la protección del medio ambiente mediante la adopción de políticas públicas basadas en el desarrollo sostenible y la solidaridad colectiva e intergeneracional.

2. Las políticas medioambientales deben dirigirse especialmente a la reducción de las distintas formas de contaminación, la fijación de estándares y de niveles mínimos de protección, la articulación de medidas correctivas del impacto ambiental, la utilización racional de los recursos naturales, la prevención y el

Obsérvese que la fórmula empleada por el Estatuto andaluz para el reconocimiento del derecho es la adjetivación «equilibrado, sostenible y saludable» frente al empleo de «adecuado» del art. 45 CE. Es, en este sentido, el precepto es parangonable al art. 16 EACL, que dispone que

los poderes públicos de Castilla y León deben orientar sus actuaciones de acuerdo con los principios rectores que establecen la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de sus competencias, deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de los siguientes objetivos: [...] 115. La garantía efectiva del derecho de todos los castellanos y leoneses a vivir en un medio ambiente ecológicamente equilibrado y saludable, impulsando la compatibilidad entre la actividad económica y la calidad ambiental con el fin de contribuir a un desarrollo sostenible.

También debe resaltarse la explicitación de la ley como parámetro del derecho («de acuerdo con lo que determinen las leyes») y que no hay especificaciones del parámetro (como lo hubieran sido el establecimiento de un nivel de protección elevado o la inclusión bajo el ámbito de protección de las minorías especialmente susceptibles a determinados contaminantes). Se ha oscurecido la fórmula catalana «ante las distintas formas de contaminación, de acuerdo con los estándares y los niveles que se determinen por ley». Probablemente, la estructura del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado reclama la intermediación normativa, a imagen y semejanza de los tipos en blanco del derecho penal. Es precisa una determinación que requiere la labor del legislador. Aunque esto sea en parte cierto, ello sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales clásicos (como el derecho de huelga, la libertad sindical o el derecho a la educación). La fórmula plantea el problema de si la ley actúa como límite para la responsabilidad<sup>2</sup>, extremo que, de momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega.

En sede de principio rector, debe destacarse que de forma expresa se contemple el impulso y desarrollo de las energías renovables, el ahorro y eficiencia. Una vez más, el postulado estatutario recoge el previo desarrollo legislativo. Como es sabido, Andalucía ha sido pionera en la aprobación de la Ley 2/2007, de 27 marzo<sup>3</sup>, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía, ley que bien

---

control de la erosión y de las actividades que alteran el régimen atmosférico y climático, y el respeto a los principios de preservación del medio, la conservación de los recursos naturales, la responsabilidad, la fiscalidad ecológica y el reciclaje y la reutilización de los bienes y los productos.

3. Los poderes públicos deben hacer efectivas las condiciones para la preservación de la naturaleza y la biodiversidad, deben promover la integración de objetivos ambientales en las políticas sectoriales y deben establecer las condiciones que permitan a todas las personas el goce del patrimonio natural y paisajístico.

4. Los poderes públicos deben velar por la cohesión económica y territorial aplicando políticas que aseguren un tratamiento especial de las zonas de montaña, la protección del paisaje, la defensa del litoral, el fomento de las actividades agrarias, ganaderas y silvícolas y una distribución equilibrada al territorio de los distintos sectores productivos, los servicios de interés general y las redes de comunicación.

5. Los poderes públicos deben facilitar a los ciudadanos la información medioambiental y deben fomentar la educación en los valores de la preservación y de la mejora del medio ambiente como patrimonio común.

<sup>2</sup> Problema estudiado a la luz de la jurisprudencia alemana por MONTORO CHINER, M.J., 1988, págs. 1141-1173. Para un estudio específico del mismo a la luz de la directiva europea que permite la exoneración de responsabilidad por la regulación de transposición de los Estados y su crítica, véase nuestro trabajo JORDANO FRAGA, J., 2005, págs. 13-49.

<sup>3</sup> *BOJA* núm. 70, 10 de abril de 2007, pág. 7.

merece llamarse «Ley Pérez Moreno», autor del Anteproyecto que ya está inspirando la legislación de otras comunidades autónomas.

### C. VALOR DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL ESTATUTO

- 11 En cuanto al valor de la protección del medio ambiente, se ha seguido la estructura del art. 53.3 CE, procediéndose a la codificación de la jurisprudencia constitucional sobre los principios rectores<sup>4</sup>. Las suspicacias que se pudieran plantear se eliminan mediante la introducción de una cláusula de protección de los derechos reconocidos en la Constitución española y en el derecho internacional convencional. Veámosla:

*Art. 13. Alcance e interpretación de los derechos y principios*

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<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> De esta forma, los arts. 38, 39, 40 y 41 del nuevo EAAAnd disponen:

*Art. 38. Vinculación de los poderes públicos y de los particulares*

La prohibición de discriminación del art. 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos.

*Art. 39. Protección jurisdiccional*

Los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado.

*Art. 40. Efectividad de los principios rectores*

1. El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen<sup>4</sup>.
2. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.

*Art. 41. Defensa de los derechos*

Corresponde al defensor o defensora del Pueblo Andaluz velar por la defensa de los derechos enunciados en el presente título, en los términos del art. 128.

<sup>5</sup> El precepto, claramente, se inspira en el art. 37, apartado, 4 EAC. La fuente remota de inspiración es la Constitución europea, art. II-113, relativo al nivel de protección: «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». Conforme al art. II-111, apartado segundo, relativo al ámbito de aplicación: «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 las demás partes de la Constitución».

La nueva regulación posibilita, favorece y puede impulsar el control de eficacia de la Administración ambiental, al establecer una cláusula de «efectividad de los principios rectores» en art. 40.2, respecto de los principios rectores, equiparable al art. 9 CE. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas. Hemos de destacar que tanto el Estatuto catalán como el andaluz han suprimido el «Sólo podrán ser alegados» del art. 53.3 CE<sup>6</sup>. 12

Entendemos que la fórmula es progresiva y que hay que dotarla de mayor significación por vía interpretativa. Recordemos que, ex art. 53.3 CE, el Tribunal Supremo construye un derecho subjetivo a disfrutar del medio ambiente en la medida en que lo dispongan las leyes que lo desarrollen (STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 6 de julio de 1983; STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril de 1988; STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de abril de 1990) o incluso ha extraído consecuencias directas (SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de abril de 1990 y de 7 de noviembre de 1990, en la cual el Tribunal Supremo ha considerado que el derecho a un medio ambiente adecuado implica el derecho a un medio ambiente acústicamente no contaminado). Sin embargo, en un verdadero caso límite, y ante una invocación fundamentada y estructurada en casación, el Tribunal Supremo ha rechazado que del art. 45 CE se deduzca legitimación para impugnar la decisión administrativa de sancionar poco o no sancionar (STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de mayo de 2007). 13

La situación actual es insatisfactoria. Por un lado, no hemos llegado al máximo que nuestra Constitución permite ex art. 45 CE en relación con el art. 53 CE. De otro lado, la tutela refleja ambiental de la mano de derechos fundamentales clásicos se ha revelado limitada e insuficiente, reservándose en una discutible jurisprudencia constitucional para los supuestos más graves (por ejemplo, en materia de ruido, con la consiguiente desprotección). Sé que, hoy, destacados ambientalistas (Mantini, 2006, págs. 207-226) postulan la evolución del *diritto all'ambiente* al *diritto dell'ambiente*. Creo que puede ser acertada una cierta superación del antropocentrismo, pero no la eliminación de la perspectiva subjetiva. El ladrillo o la molécula de los ordenamientos jurídicos son los derechos subjetivos. Todo el ordenamiento opera desde esa premisa. Por eso, es necesario el reforzamiento máximo del núcleo subjetivo del derecho ambiental, y configurar, con las especialidades que sean precisas, un derecho fundamental, un derecho público subjetivo en el núcleo del Estado de derechos fundamentales (Häberle, 1994, pág. 122). Probablemente la estructura del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado reclama la intermediación normativa a imagen y semejanza de los tipos en blanco del derecho penal. Es precisa una determinación 14

<sup>6</sup> EMBID IRUJO, A. (Coord., 2008, págs. 47-48) ha resaltado tres consecuencias del nuevo art. 28 EAAnd: 1) Se le reviste de las características propias del derecho: así, se prevé un desarrollo realizado por Ley; 2) Se le dota de un sistema de protección judicial y del defensor o defensora del Pueblo, lo que, con la referencia a los tribunales, es, sin duda, absolutamente capital para la existencia real de un derecho subjetivo con sus características propias; 3) Se le diferencia claramente de los principios rectores, pues éstos resultan colocados en otro capítulo y hasta dispersos por el resto del Estatuto, lo que, al contrario de lo que sucede en la CE, permite diferenciar los ámbitos del derecho y del principio rector y, obviamente, sus respectivos regímenes jurídicos.

que requiere la labor del legislador. Aunque esto sea en parte cierto, ello sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales clásicos (como el derecho de huelga, la libertad sindical o el derecho a la educación). Es muy posible que la inercia histórica que colocó desde 1789 la propiedad y la libertad como elementos polarizadores del sistema haya marginado otros derechos del núcleo duro. Hoy esto no tiene sentido, cuando amenazas como la pérdida de biodiversidad, el efecto invernadero o los peligros bioquímicos de las nuevas sustancias son mucho más poderosos que las limitaciones o peligros potenciales que acechan a los derechos clásicos. En cualquier caso, una diferente estructura no es razón bastante para una marginación del núcleo duro. Por ejemplo, en términos de garantías procesales. Probablemente, en medio ambiente sea mucho más necesaria que en otras materias una protección jurisdiccional ágil. Este objeto procesal no resiste demoras.

- 15 Los ordenamientos deben superar dogmas (derecho objetivo ambiental como el art. 20 CE) y situar al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en el núcleo duro de los derechos fundamentales. Ello requiere una reforma constitucional. Más fácil, probablemente, sería extender la vía del art. 114 y ss LJ, dando la posibilidad de un procedimiento de tramitación preferente en asuntos ambientales, para lo cual bastaría una ley ordinaria que expandiera el procedimiento de protección jurisdiccional a determinadas materias desarrolladas (pretensiones en materia de ruido, residuos, espacios naturales, información ambiental, sustancias peligrosas, control integrado de la contaminación ambiental, suelo no urbanizable de especial protección). No se trataría, en esta reforma de mínimos, de alterar la naturaleza de principio rector, sino de extender a materias ciertas y reguladas el cauce procesal preferencial.
- 16 Entendemos que la consecuencia fundamental que se ha de extraer del nuevo texto estatutario es un plus respecto del diseño constitucional: la alegabilidad será en todo caso directa y no dependerá de que la ley establezca la posibilidad de alegación. Ésta es la interpretación que ha hecho del art. 53.3 CE LÓPEZ MENUDO, al afirmar que la expresión «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» debe considerarse referida más al contenido sustantivo y no a los requisitos de legitimación<sup>7</sup>. Esta construcción la consagran al margen de toda duda los nuevos Estatutos de Andalucía y Cataluña.

---

<sup>7</sup> LÓPEZ MENUDO, F., 1991, pág. 194.

**Artículo 29. Acceso a la justicia**

*En el ámbito de sus competencias, la Comunidad Autónoma garantiza la calidad de los servicios de la Administración de Justicia, la atención de las víctimas y el acceso a la justicia gratuita.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20911])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21060]).

***Artículo 29. Acceso a la justicia***

*En el ámbito de sus competencias, la Comunidad Autónoma garantiza la calidad de los servicios de la administración de justicia, la atención de las víctimas y el acceso a la justicia gratuita.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24260]).

***Artículo 29. Acceso a la justicia***

*En el ámbito de sus competencias, la Comunidad Autónoma garantiza la calidad de los servicios de la Administración de justicia, la atención de las víctimas y el acceso a la justicia gratuita.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 255]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 307]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Baleares (art.14.4).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Decreto 42/2002, de 12 de febrero, por el que se regula el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.



- Decreto 23/2004, de 3 de febrero, por el que se regula la protección jurídica a las personas mayores.
- Decreto 67/2008, de 26 febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Orden de 27 de febrero de 2007, de la Consejería de Educación, por la que se regula la asistencia jurídica al personal docente dependiente de la Consejería de todos los niveles educativos, a excepción del universitario, y establece el procedimiento para el acceso a la misma.
- Acuerdo de 11 de noviembre de 2003, de la Consejería de Asuntos Sociales, por el que se aprueba el Plan Andaluz para la Inclusión Social.
- Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Decreto 334/2003, de 2 de diciembre, para la coordinación de actuaciones en torno a la recuperación de la memoria histórica y el reconocimiento institucional y social de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil Española y la Posguerra.
- Decreto 3/2004, de 7 de enero, por el que se establece el sistema de información sobre maltrato infantil de Andalucía.
- Decreto 521/2004, de 9 de noviembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que se regula la Comisión Institucional de Andalucía de Coordinación y Seguimiento de Acciones para la Erradicación de la Violencia de Género.
- Orden de 18 julio 2003, de la Consejería de Presidencia, reguladora de los requisitos materiales y funcionales específicos de los centros de atención y acogida a mujeres víctimas de malos tratos.
- Orden de 11 de febrero de 2004, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se acuerda la publicación del texto íntegro del Procedimiento de Coordinación para la Atención a Menores Víctimas de Malos Tratos en Andalucía.
- Orden de 22 de junio de 2005, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, por la que se aprueba la Carta de Servicios del Servicio de Asistencia a la Víctima en Andalucía de Sevilla (SAVA de Sevilla).
- Orden de 7 de julio de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula el procedimiento de concesión de ayudas económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia de género.
- Orden de 5 de septiembre de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula el procedimiento de concesión de ayudas económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos y especiales dificultades para obtener un empleo.
- Orden de 21 de diciembre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el modelo de reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia que formen parte del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía.
- Orden de 6 de julio de 2009, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el reglamento de régimen interno de los centros que componen el servicio integral de atención y acogida a mujeres víctimas de

violencia de género y menores a su cargo que las acompañen en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- Orden de 7 de septiembre de 2009, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, por la que se aprueba el Protocolo Andaluz de actuación en exhumaciones de víctimas de la Guerra Civil y la Posguerra.
- Orden de 7 de septiembre de 2009, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, por la que se regula el Comité Técnico de Coordinación previsto en el Decreto 334/2003, de 2 de diciembre, para la coordinación de actuaciones en torno a la recuperación de la Memoria Histórica y el reconocimiento institucional y social de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la Posguerra.
- Orden de 2 de diciembre de 2009, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la coordinación de actuaciones en torno a la recuperación de la memoria histórica y el reconocimiento institucional y social de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la Posguerra.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 4/1985, FJ 5.º

STC 99/1985, FJ 2.º

STC 45/1989, FJ 4.º

STC 16/1994, FJ 3.º

STC 117/1998, FJ 3.º

STC 95/2003, FF.JJ. 3.º y 6.º

STC 160/2004, FF.JJ. 4.º y 5.º

STC 153/2005, FJ 6.º

STC 236/2007, FJ 13.º

STC 247/2007, FJ 15.º

STC 93/2008, FJ 4.º

STEDH, caso Lenaerts c. Bélgica, de 11 de marzo de 2004.

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUADO RENEDO, César: *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

AGUDO ZAMORA, Miguel J.: «Derechos sociales, deberes y políticas públicas», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2008, págs. 263-305.

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: «La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana. La protección jurídica del ciudadano: procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.): *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, vol. I*, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 429-470.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Capítulo II. Derechos, deberes y principios rectores», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 23-43.

CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cívitas, Madrid, 3.<sup>a</sup> Ed., 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: «El Poder Judicial en Andalucía y las competencias autonómicas en materia de justicia», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2008, págs. 949-988.

—: «Normas programáticas, estatutos y autonomía comunitaria», en *Revista de Derecho Político*, núm. 21 (1984), págs. 7-30.

PORRAS NADALES, Antonio Jesús: «Los derechos sociales en el nuevo Estatuto de Andalucía», en RUIZ-RICO RUIZ, G., LOZANO MIRALLES, J., y ANGUITA SUSI, A.: *El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Un enfoque comparado y multidisciplinar*, Universidad de Jaén, 2007, págs. 219-232.

—: «Capítulo II. Derechos y Deberes», en TEROL BECERRA, M. J.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 105-115.

TORRES MURO, Ignacio: *Los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 1996.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. CONTENIDO Y NATURALEZA DEL ART. 29. C. LA RELACIÓN DEL ART. 29 CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y OTRAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES. D. LAS GARANTÍAS DEL ART. 29.

### A. INTRODUCCIÓN

El art. 29 es una muestra del compromiso prestacional que caracteriza a los artículos del Estatuto de Autonomía relativos a la Administración de Justicia. <sup>1</sup>

La inclusión de este artículo en el Capítulo II del Título I, relativo a los derechos y deberes, plantea cuestiones relativas a su naturaleza, el papel que corresponde desempeñar al legislador en su desarrollo, su correspondencia con las competencias de la Junta de Andalucía, su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías. <sup>2</sup>

## B. CONTENIDO Y NATURALEZA DEL ART. 29

- 3 El art. 29 enuncia el compromiso de la Comunidad Autónoma de garantizar una prestación de calidad en los servicios relativos a la Administración de Justicia, la atención a las víctimas y el acceso a la justicia gratuita.
- 4 Formalmente, el Estatuto de Autonomía lo considera un derecho, si bien, en realidad, el artículo incluiría tres derechos, vinculados a los tres servicios a los que se refiere. Por lo demás, el artículo se integra en el Capítulo II del Título I del Estatuto, dedicado a la regulación los «Derechos y deberes».
- 5 Sin embargo, el art. 29 no tiene la estructura de un derecho. En efecto, el artículo ni expresa las personas titulares de un eventual derecho, ni garantiza directamente el ejercicio de facultades o intereses subjetivos concretos a la ciudadanía.
- 6 En realidad, la naturaleza del art. 29 se corresponde con la de una garantía institucional. A través de este artículo, la Junta de Andalucía se compromete a buscar la calidad en la prestación de los servicios propios de la Administración de Justicia, a proporcionar atención a las víctimas y a asegurar el acceso a la justicia gratuita. En definitiva, garantiza la existencia de estos tres servicios y, respecto, al primero, establece un objetivo finalista, consistente en una prestación de calidad.
- 7 De esta forma, el artículo tiene una patente vocación prestacional (AGUDO ZAMORA, M., 2008, pág. 271), que debe reflejarse en la creación, por vía legislativa, de derechos que garanticen el acceso a los servicios que enuncia por parte de sus beneficiarios. Para Lucas Murillo de la Cueva, se trata de una norma programática (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2008, pág. 960<sup>1</sup>). En opinión de Porras Nadales, «no hay pues en rigor "declaración" estatutaria de derechos de dimensión subjetiva, que en su caso deberá requerir un posterior desarrollo legal, sino más bien formulación de compromisos de los poderes públicos en relación con una de las novedades institucionales más significativas del Estatutos, la referida a la administración de justicia» (PORRAS NADALES, A., 2009, pág. 113).
- 8 El contenido del art. 29 es de estricta configuración legal. Corresponde a la ley del Parlamento de Andalucía determinar, en el marco de sus competencias, la organización y el funcionamiento de dichos servicios.
- 9 De esta manera, el artículo no ofrece ningún elemento que pudiera servir para contrastar la calidad de los servicios propios de la Administración de Justicia. En la práctica, ha constituido pieza clave en la búsqueda de este objetivo de calidad el Plan Andaluz de Justicia 2007-2010, presentado por la Consejería de Justicia y Administración Pública y elaborado en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía Superior. El Plan persigue la mejora de la calidad, la accesibilidad y la proximidad de la Administración de Justicia a la ciudadanía.

---

<sup>1</sup> Este autor se manifiesta a favor de la inclusión de este tipo de normas en los Estatutos de autonomía (en el mismo sentido, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1984, pág. 7 y ss). En contra, AGUADO RENEDO, C., 1996, pág. 301 y ss, y TORRES MURO, I., 1999, pág. 38 y ss.

A los fines previstos por este artículo responde, asimismo, una variada normativa de la Junta de Andalucía que tiene como objetivo organizar los servicios de asistencia jurídica gratuita y orientación jurídica gratuita y facilitar el acceso a dichos servicios de las personas integrantes de determinados colectivos, tales como personal docente, mayores, menores y reclusos. En materia de asistencia a las víctimas, destaca el Servicio de Asistencia a las Víctimas de Andalucía (SAVA), que comenzó su actividad en 1998, y que cuenta en la actualidad con diez oficinas de atención a la víctima repartidas por las ocho provincias andaluzas, así como la normativa cuya finalidad es la protección a las víctimas de determinados delitos, tales como delitos de violencia de género, maltrato infantil y terrorismo, así como víctimas de la Guerra Civil y la posguerra. Remitimos la cita de las normas correspondientes al apartado de documentación.

Como regla general, las personas solamente podrán reclamar, por vía administrativa o jurisdiccional, los derechos que les reconozcan las leyes que desarrollen el art. 29, si bien excepcionalmente será posible, en algunos casos, derivar de este artículo algunos derechos asociados a la prestación de los servicios a los cuales alude, cuando en su funcionamiento se vulnere algún otro derecho derivado directamente de la Constitución o del Estatuto de Autonomía, en especial el principio de igualdad y no discriminación (arts. 14 CE y arts. 12 y 14 EAAAnd).

Este tema ha sido tratado, en relación con el derecho al acceso a la justicia gratuita, por varias sentencias del Tribunal Constitucional. Así, la STC 16/1994, FJ 3.º, ha señalado que aquél constituye «un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias», si bien esta libertad de configuración no es absoluta, ya que el art. 119 CE obliga a reconocer este derecho a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. En el mismo sentido se manifiesta la STC 95/2003, FJ 3.º. Volveremos sobre ello más adelante.

La falta de una estructura de derecho y su carácter de artículo de configuración legal aproximan el art. 29 a la naturaleza de los principios rectores. De hecho, resulta patente su similitud con el art. 37.1. Sin embargo, el art. 29 puede distinguirse de los principios rectores del art. 37 por la concreción de los servicios que encomienda a la Comunidad Autónoma. Los principios rectores supondrían, de esta forma, un marco de objetivos genéricos que la Junta de Andalucía habría de perseguir a través de la regulación de los enunciados concretos establecidos en el Estatuto bajo el título de derechos, entre los que se cuenta el del art. 29.

En todo caso, como ha puesto de relieve Porras Nadales, «teniendo en cuenta la relevancia creciente de los ámbitos problemáticos relacionados con la administración de justicia (detectados por ejemplo en los Informes del Defensor del Pueblo Andaluz), se trata de una esfera de desarrollo legal de especial importancia estratégica a la hora de definir los potenciales derechos de los andaluces ante la administración de justicia» (PORRAS NADALES, A., 2009, pág. 113).

- 15 El art. 29 se corresponde con varias competencias de la Junta de Andalucía, especialmente en lo relativo a Administración de Justicia. El compromiso de calidad en la prestación de los servicios de la Administración de Justicia deberá ser concretado por la Junta de Andalucía conforme a las competencias que ha asumido en materia de Administración de Justicia en el art. 80 y el Capítulo II del Título V del Estatuto. Además, el art. 29 presta a las competencias de la Junta de Andalucía sobre Administración de Justicia su razón de ser, esto es, el objetivo al que debe servir su ejercicio.
- 16 Ello permite concretar que los servicios de la Administración de Justicia a los que alude este artículo no se refieren al ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto, sobre cuya ordenación el Estado tiene competencia exclusiva, sino a los servicios propios de la oficina judicial y demás entes de apoyo a la actividad de jueces y magistrados, que presta el personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia a través de los medios materiales dispuestos a tal fin.
- 17 Como se ve, el elemento competencial confirma la faceta prestacional del art. 29 EAAnd. En el mismo sentido, corresponderá a la Junta de Andalucía organizar la prestación del servicio de justicia gratuita y de orientación jurídica gratuita conforme a la competencia prevista en el art. 150.1 EAAnd, pero la regulación del derecho de acceso a este servicio y de las prestaciones mínimas en que consiste corresponde al Estado, que la ha llevado a cabo mediante la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita. La ley citada está desarrollada actualmente en nuestra Comunidad Autónoma por el Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- 18 Con todo, la Junta de Andalucía ha aprobado normas que inciden en un grado variable en el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o a la orientación jurídica gratuita a determinados colectivos. Se ha reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita al personal docente de todos los niveles educativos, a excepción del universitario, dependiente de la Consejería de Educación (art. 2.1 de la Orden de 27 de febrero de 2007, de la Consejería de Educación, por la que se regula la asistencia jurídica al personal docente dependiente de la Consejería de todos los niveles educativos, a excepción del universitario, y establece el procedimiento para el acceso a la misma). Asimismo, se ha previsto una atención preferente para las personas usuarias de centros residenciales para mayores en situación de dependencia solicitantes del servicio de orientación jurídica [art. 3.m) de la Orden de 21 de diciembre de 2007, de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el modelo de reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia que formen parte del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía].
- 19 Los rasgos prestacionales descritos se intensifican, si cabe, cuando se trata del servicio de atención a las víctimas, que debe ser llevado a cabo, especialmente, conforme a las competencias sobre servicios sociales, menores y familias previstas en el art. 61, sin perjuicio de la utilidad a tal fin de las competencias sobre Administración de Justicia o de otras, como, señaladamente, las relativas a la materia de empleo,

reconocidas en el art. 63. Las competencias del art. 61 EAAAnd tienen el carácter de exclusivas, por lo cual el Parlamento podrá establecer de forma autónoma las correspondientes prestaciones y los titulares de los derechos vinculados a ellas.

Todo lo anterior hace que, en relación con el art. 29, sea plenamente asumible lo dispuesto en la STC 247/2007, FJ 15.º, respecto al carácter de los derechos estatutarios como criterios o directrices para el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma, cuya eficacia y justiciabilidad depende de su configuración por parte del legislador autonómico. La STC 31/2010, FJ 16.º, ha complementado estos criterios, al afirmar que los reconocidos en el Estatuto de Autonomía deben ser:

20

Concretamente, derechos que sólo vinculen al legislador autonómico [...] y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, circunstancia expresamente detallada, según veremos, en el art. 37.4 EAC. Ahora bien, bajo la misma categoría «derecho» pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro *nomen*, para concluir si su inclusión en un Estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término «derecho» se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado.

Este último es, precisamente, el tipo de derecho enunciado en el art. 29. En palabras de la misma STC 31/2010, FJ 16.º, «este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FF.JJ. 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas.»

21

### C. LA RELACIÓN DEL ART. 29 CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y OTRAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES

Los servicios que son objeto del art. 29 mantienen una relación instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE. Este rasgo ha sido afirmado singularmente por la STC 117/1998, FJ 3.º, respecto del derecho a la asistencia jurídica gratuita, al que ha calificado como un «derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE».

22

La STC 4/1985, FJ 5.º, en pronunciamiento reiterado en la posterior jurisprudencia, ha afirmado que «el derecho a la efectividad de la tutela judicial, además de constituir un principio inspirador de ésta, es también un derecho fundamental derivado del art. 24.1 CE». Como señala López Aguilar, «la efectividad nos indica que la protección del derecho no puede ser virtual, meramente retórica, simbólica o declarativa. Debe ser

23

efectiva en la medida en que corrija la vulneración del derecho, restituya al sujeto lesionado en la integridad de su disfrute y restablezca la situación jurídicamente ajustada» (LÓPEZ AGUILAR, J. F., 1996, pág. 56).

- 24 En este sentido, resulta claro que la forma como se organice y funcione la Administración de Justicia resulta determinante para que aquélla pueda proporcionar a la ciudadanía una tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos que sea realmente efectiva. De igual manera, los servicios de justicia gratuita y atención a las víctimas son una garantía de la efectividad de la tutela judicial, tanto en lo relativo al acceso a la justicia, como en lo atinente a la reparación de los daños causados a las personas por actuaciones que afecten a sus derechos e intereses protegidos o amparados por el ordenamiento jurídico.
- 25 Por otra parte, el art. 24.2 CE reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que depende en gran modo de una adecuada organización y un buen funcionamiento de la Administración de Justicia, según reconocen implícitamente sentencias del Tribunal Constitucional tales como las SSTC 160/2004, FJ 4.º, 153/2005, FJ 6.º, y 93/2008, FJ 4.º. Como ha expresado Jiménez Campo, la eficacia exigida para la tutela judicial significa, sobre todo, celeridad (JIMÉNEZ CAMPO, J., 1999, pág. 101).
- 26 Barnés ha expresado adecuadamente la función de los elementos organizativos y prestacionales que constituyen el soporte del derecho a la tutela judicial. Este autor, al examinar el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, ha afirmado que el derecho a la tutela judicial efectiva se proyecta en tres niveles fundamentales. En primer lugar, constituye un derecho subjetivo. En segundo lugar, comprende una decisión valorativa de carácter objetivo, que impone al Estado el deber de prestar el servicio jurisdiccional, disponiendo los medios personales, materiales y organizativos necesarios para volver la actuación judicial realmente efectiva. En tercer lugar, este derecho incluye una garantía institucional, de la que deriva el deber del Estado de prestar la tutela judicial en tiempo adecuado y de asegurar la efectividad de la sentencia (BARNÉS VÁZQUEZ, J., 1993, pág. 430, y, en el mismo sentido, CHAMORRO BERNAL, F., 1994, págs. 367-368). Los servicios del art. 29 EAAAnd se situarían en el segundo y el tercero de los niveles descritos.
- 27 Asimismo, para Alexy, el derecho a la tutela judicial constituye un derecho de prestación en sentido amplio (ALEXY, R., 1993, págs. 427-432, y, en el mismo sentido, en nuestra doctrina, GONZÁLEZ PÉREZ, J., 2001, pág. 53), que se concreta en un derecho a procedimiento, entendido como derecho a las medidas indispensables, también de tipo organizativo, para la protección de su ámbito de libertad iusfundamentalmente garantizado (ALEXY, R., 1993, pág. 474).
- 28 Hay que precisar que los servicios mencionados en el art. 29 EAAAnd no forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no son elementos propios de la actividad jurisdiccional en sentido estricto. Sin embargo, el mal funcionamiento de tales servicios puede dar lugar a vulneraciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuando repercuta en la actividad jurisdiccional de tal manera que obstaculice o impida que aquélla cumpla su función reparadora de violaciones de los derechos amparados o protegidos por el ordenamiento jurídico.



En este sentido, la STC 153/2005, FJ 6.º, afirma que:

29

[...] la circunstancia de que las demoras en el proceso hayan sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales, o del abrumador trabajo que pesa sobre algunos de ellos, si bien pudiera eximir de responsabilidad a las personas que los integran, de ningún modo altera la conclusión del carácter injustificado del retraso ni limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a éste, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de aquel derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario es exigible que jueces y tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el ordenamiento les encomienda (STC 180/1996, FJ 4.º).

La doctrina anterior ha sido reiterada en sentencias tales como las SSTC 160/2004, FJ 5.º, y 93/2008, FJ 4.º, entre otras.

30

De igual forma, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de marzo de 2004, §18, en el caso *Lenaerts contra Bélgica*, ha establecido que el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales obliga a los Estados parte a organizar su sistema judicial de tal forma que los tribunales puedan cumplir todas sus exigencias, especialmente la de un plazo razonable.

31

En fin, el reconocimiento estatutario del derecho establecido en el art. 29 EAAnd supone implicar a la Comunidad Autónoma decididamente en la garantía de servicios vinculados a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial. Asimismo, el art. 29 implica a la Comunidad Autónoma en el logro de la igualdad en el acceso a los servicios públicos y de los objetivos de eficiencia y eficacia en la prestación de dichos servicios, dentro del marco de la Administración de Justicia (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2008, pág. 961).

32

#### D. LAS GARANTÍAS DEL ART. 29

Las garantías del art. 29 son, en principio, las dispuestas para los derechos en el Capítulo IV del Título I del Estatuto de Autonomía. No obstante, la modalidad concreta de aplicación de estas garantías vendrá determinada por su propia naturaleza de garantía institucional de desarrollo legal y por la falta de concreción del compromiso de calidad que marca el objetivo de la acción de los poderes públicos en relación con los servicios de la Administración de Justicia. Ello provoca que las garantías de este artículo, en la práctica, queden asimiladas a las de un principio rector.

33

La garantía más directamente aplicable al art. 29 tiene carácter normativo, y consiste en la necesidad de que las prestaciones y servicios vinculados a dicho artículo sean regulados mediante ley del Parlamento de Andalucía, como se deriva del inciso final del art. 38.

34

- 35 La vinculación a las garantías sustantivas del art. 38, sin embargo, es más ligera. En principio, la ley del Parlamento que desarrolle el art. 29 debe respetar el contenido de este artículo. Ahora bien, como destacamos anteriormente, el art. 29 se limita a establecer un compromiso con la calidad en la prestación de los servicios de la Administración de Justicia, que no va acompañado de ningún criterio objetivo de control. Por este motivo, en la práctica corresponderá al Parlamento determinar mediante ley la organización y el funcionamiento de los servicios enunciados en dicho artículo, y, de este modo, concretar los niveles de prestación de dichos servicios, dentro del marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 36 Igualmente, corresponde a la ley del Parlamento organizar los servicios de justicia gratuita y atención a las víctimas y las prestaciones que deberán llevar a la realidad. En el caso de la asistencia jurídica gratuita, la legislación estatal determina el marco en el que debe moverse la normativa autonómica. Por lo que respecta a la atención a las víctimas, dado el marco competencial que se deriva del Estatuto de Autonomía, el Parlamento es competente para establecer las prestaciones y las personas beneficiarias de ellas.
- 37 Este hecho, además, determina la forma en que debe entenderse la garantía consistente en la vinculación a este derecho. Esta garantía, en la práctica, se sustancia en una obligación de los poderes públicos andaluces de aplicar las leyes que desarrollen los servicios previstos en el art. 29 y de respetar los derechos que tales normas reconozcan a las personas usuarias de tales servicios. Asimismo, los ciudadanos podrán exigir ante los órganos jurisdiccionales la tutela de los derechos que les reconozcan las leyes que regulen la organización y el funcionamiento de los servicios previstos en el art. 29, en los casos en que tales derechos no les sean respetados.
- 38 Se deduce, por tanto, que las garantías del art. 29, en su aspecto normativo y jurisdiccional, quedan, sustancialmente, asimiladas a las de los principios rectores, como se puede comprobar si se contrasta cuanto hemos expuesto con lo previsto en el art. 40 EAAAnd.
- 39 Aun así, existen supuestos en los que las garantías sustantivas del art. 38 podrían aplicarse directamente al contenido del art. 29. De hecho, la STC 247/2007, FJ 15.º, ha señalado que el carácter de los derechos estatutarios como enunciados de configuración legal  
ha de entenderse sin perjuicio, claro está, de que tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los Estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto.
- 40 Parafraseando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las garantías de los principios rectores establecida en la STC 45/1989, FJ 4.º, podríamos entender como contraria al art. 29 una ley en las siguientes dos circunstancias. En primer lugar, cuando la ley vulnerara algún derecho fundamental o estatutario vinculado a la prestación de los servicios señalados en este artículo.
- 41 En esta línea, debe recordarse que la STC 99/1985, FJ 2.º, ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales que deben ser

reconocidos en igualdad de condiciones de ejercicio a españoles y extranjeros, debido a su estrecha conexión con la garantía de la dignidad humana y a los términos en los que se encuentra establecido el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, la STC 95/2003, FJ 6.º, y la STC 236/2007, FJ 13.º, han considerado que es inconstitucional privar del acceso a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que no reúnan la condición de residentes legales en España y cumplan con los requisitos previstos en la normativa para acogerse a dicho servicio.

De este modo, conllevaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la denegación del acceso a los servicios de la Administración de Justicia o a la justicia gratuita por motivos de nacionalidad. El acceso de los extranjeros al servicio de asistencia jurídica gratuita se regirá por lo previsto en el art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, adaptado a lo dispuesto en la STC 236/2007 por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. 42

En cuanto a los servicios de atención a las víctimas, deriva del art. 12 EAAAnd la necesidad de extender las políticas públicas inherentes al art. 29 a todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía (CÁMARA VILLAR, G., 2007, pág. 35; AGUDO ZAMORA, M., 2008, pág. 273). Por su parte, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, extiende las ayudas que contempla a todos los extranjeros que, en el momento de perpetrarse el delito, residen habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio (AGUDO ZAMORA, M., 2008, pág. 289). Tampoco establece distinción por razón de nacionalidad la Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía. 43

En segundo lugar, y parafraseando nuevamente la STC 45/1989, no puede descartarse la utilización del art. 29 EAAAnd para resolver sobre la conformidad con aquél de una ley autonómica que tuviera notable incidencia sobre la calidad de la prestación de los servicios de la Administración de Justicia, el acceso a la justicia gratuita o la existencia de servicios de atención a las víctimas. En este sentido, la garantía institucional que incorpora el art. 29 vincula a todos los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, incluido el legislador, con independencia del signo de la mayoría política dominante en cada momento. 44

Más difícil parece la posibilidad de fundar reclamaciones individuales basadas en la falta de acción del legislador estatutario en relación con el art. 29 (PORRAS NADALES, A. J., 2007, pág. 230). Este tipo de recursos contra omisiones del legislador no están previstos en nuestro ordenamiento<sup>2</sup>. En último término, ante la omisión de una prestación concreta por parte de los poderes públicos quedaría la vía del conflicto negativo de 45

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido, AGUDO ZAMORA, M.: 2008, pág. 301, si bien este autor entiende que la carencia de una regulación estatal que permita recurrir la inacción en el terreno de los derechos sociales podría suplirse por leyes propias de la Comunidad Autónoma, en el caso de estos derechos estatutarios, y sobre la base del art. 149.1.6.º de la Constitución *in fine* (pág. 302).

competencias regulado en los arts. 68 a 70 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero este instrumento tiene un ámbito extraordinariamente limitado.

- 46 Como garantía añadida, se deriva del art. 41 la competencia del Defensor del Pueblo para velar por la defensa de los derechos enunciados en el art. 29.

**Artículo 30. Participación política**

*1. Conforme al artículo 5, los andaluces y andaluzas tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, en los términos que establezcan la Constitución, este Estatuto y las leyes. Este derecho comprende:*

*a) El derecho a elegir a los miembros de los órganos representativos de la Comunidad Autónoma y a concurrir como candidato a los mismos.*

*b) El derecho a promover y presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento de Andalucía y a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades asociativas, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento.*

*c) El derecho a promover la convocatoria de consultas populares por la Junta de Andalucía o por los Ayuntamientos, en los términos que establezcan las leyes.*

*d) El derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.*

*e) El derecho a participar activamente en la vida pública andaluza para lo cual se establecerán los mecanismos necesarios de información, comunicación y recepción de propuestas.*

*2. La Junta de Andalucía establecerá los mecanismos adecuados para hacer extensivo a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros residentes en Andalucía los derechos contemplados en el apartado anterior, en el marco constitucional y sin perjuicio de los derechos de participación que les garantiza el ordenamiento de la Unión Europea.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20911])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

*a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21060]).*

**Artículo 30. Participación política**

*1. Conforme al artículo 5, los andaluces tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, en los términos que establezca este Estatuto y la ley. Este derecho comprende:*

a) *El derecho a elegir a los miembros de los órganos representativos y a concurrir como candidato a los mismos.*

b) *El derecho a promover y presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento de Andalucía y a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades asociativas, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento.*

c) *El derecho a promover la convocatoria de consultas populares por la Junta de Andalucía o por los ayuntamientos.*

d) *El derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.*

2. *Sin perjuicio de los derechos de participación que les garantiza el ordenamiento de la Unión Europea, y dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para hacer extensivo a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros residentes en Andalucía los derechos contemplados en el apartado anterior.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006 pág. 24254 [pág. 24260]).

#### **Artículo 29. Acceso a la justicia**

1. *Conforme al artículo 5, los andaluces tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, en los términos que establezca este Estatuto y la ley. Este derecho comprende:*

a) *El derecho a elegir a los miembros de los órganos representativos y a concurrir como candidato a los mismos.*

b) *El derecho a promover y presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento de Andalucía y a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades asociativas, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento.*

c) *El derecho a promover la convocatoria de consultas populares por la Junta de Andalucía o por los ayuntamientos.*

d) *El derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.*

2. *Sin perjuicio de los derechos de participación que les garantiza el ordenamiento de la Unión Europea, y dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para hacer extensivo a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros residentes en Andalucía los derechos contemplados en el apartado anterior.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 256]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 308]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

[s/c].

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 29); Comunidad Valenciana (art. 9.4); Aragón (art. 15); Extremadura (art. 6.1); Baleares (art. 15); Castilla y León (art. 11).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Resolución de 22 de noviembre de 2007, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se da publicidad a la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía.
- Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía.
- Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos.
- Ley 2/2001, de 3 de mayo, reguladora de las consultas populares locales en Andalucía.
- Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía.

- Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el mundo.
- Ley 19/2007, de 17 de diciembre, de designación de Senadores y Senadoras en representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Decreto 72/1986, de 23 de abril, regulador de las dietas y gratificaciones de los miembros de las Juntas Electorales y personal a su servicio en los del Parlamento de Andalucía.
- Decreto 298/2002, de 10 de diciembre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Consultas Populares Locales de Andalucía.
- Instrumento 4/2008, de 5 de febrero, por el que se aplica el artículo 23.1 de la Ley Electoral de Andalucía en la redacción dada por la Ley 5/2005, de 8 de abril.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 18/1984, FJ 7.º

STC 23/1984, FJ 4.º

STC 51/1984, FJ 2.º

STC 63/1987, FJ 5.º

STC 24/1989, FJ 2.º

STC 71/1989, FJ 3.º

STC 133/1989, FJ 4.º

STC 189/1993, FJ 5.º

STC 212/1993, FJ 4.º

STC 76/1994, FF.JJ. 2.º y 3.º

STC 80/1994, FJ 3.º

STC 119/1995, FF.JJ. 3.º y 4.º

STC 136/1999, FJ 14.º

STC 36/2003, FJ 2.º

STC 12/2008, FF.JJ. 9.º y 10.º

STC 103/2008, FF.JJ. 2.º y 3.º

STC 13/2009, FJ 15.º

STC 31/2010, FJ 69.º

ATC 428/1989, FJ 3.º

ATC 399/1990, FJ 2.º

ATC 140/1992, FJ 2.º

ATC 304/1996, FJ 2.º

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 21 de junio de 1983.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de noviembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de enero de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de septiembre de 2008.



## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUIAR DE LUQUE, Luis, y GONZÁLEZ AYALA, María Dolores: «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., LÓPEZ GUERRA, L., y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. (Dir.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 67-96.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: «Iniciativa legislativa popular», en VV.AA.: *Enciclopedia jurídica básica, vol. III*, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 3599-3601.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Derechos, deberes y principios rectores», en Balaguer Callejón, F. (Coord.): *El nuevo estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 23-43.

CARMONA CONTRERAS, Ana María: «La elaboración de las normas», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 343-353.

LARIOS PATERNA, María Jesús: *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

—: «Participació dels ciutadans en el procediment legislatiu: la nova regulació de la iniciativa legislativa popular i les compareixences legislatives», en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 37 (2008), págs. 183-222.

PÉREZ ALBERDI, María Reyes: «Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente. (Especial consideración al Estatuto de Autonomía para Andalucía)», en *Revista de Derecho Político*, 73 (2008), págs. 181-205.

PIZZORUSSO, Alessandro: «Democrazia partecipativa e attività parlamentare», en VV.AA.: *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Giuffrè, Milán, 1980, págs. 133-142.

PORRAS NADALES, Antonio: «Capítulo II. Derechos y deberes», en TEROL BECERRA, M. J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 105-115.

TEROL BECERRA, Manuel José: «Andalucía 2020: El marco normativo», en VV.AA.: *Andalucía 2020. Escenarios previsibles*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, págs. 184-195.

URIASTE TORREALDAY, Roberto: «Notas sobre la admisibilidad constitucional de consultas populares de ámbito autonómico», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82-I (2008), págs. 227-257.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA. C. EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO. D. EL DERECHO DE INICIATIVA LEGISLATIVA Y A PARTICIPAR EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. E. EL DERECHO A PROMOVER LA CONVOCATORIA DE CONSULTAS POPULARES. F. EL DERECHO DE PETICIÓN. G. EL DERECHO A PARTICIPAR ACTIVAMENTE EN LA VIDA PÚBLICA ANDALUZA. H. GARANTÍAS.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 El art. 30 EAAAnd reconoce el derecho de participación política y, aparentemente, tendría la misma función, en relación con el Estatuto de Autonomía, que el art. 23 CE, respecto a la Constitución. Sin embargo, el art. 30 EAAAnd se diferencia del art. 23 CE por su contenido, que es más complejo que su correspondiente constitucional, y por la perspectiva general desde la que enfoca la participación.
- 2 Ante todo, el art. 30 EAAAnd reproduce el primer inciso del art. 23 CE, sin más cambio que el de añadir que el derecho a participar se entiende «en condiciones de igualdad». De esta manera, puede considerarse el art. 30 EAAAnd como la especificación del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE y de la prohibición de discriminación de dicho artículo y del art. 14 EAAAnd, en materia de participación en el ámbito político de la Comunidad Autónoma.
- 3 Ahora bien, la novedad más relevante, respecto al art. 23 CE, consiste en que el art. 30 EAAAnd detalla en cinco apartados las facultades subjetivas o derechos que comprende el derecho de participación política en la Comunidad Autónoma. De hecho, atendiendo al contenido del art. 30 EAAAnd, habría que hablar, no tanto de un derecho, sino de varios derechos de participación.
- 4 Aunque los derechos reconocidos en el art. 30 EAAAnd remiten a la idea general de facilitar la participación en los asuntos públicos de Andalucía, no todos ellos se encuentran vinculados al art. 23.1 CE. El Tribunal Constitucional ha interpretado de manera restrictiva el ámbito del derecho a participar en los asuntos públicos. La STC 51/1984 (FJ 2.º) señala que «se trata del derecho fundamental, en que se encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el artículo 1.º, y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español.» En el mismo sentido, la STC 119/1995 (FJ 4.º) ha afirmado que «en el artículo 23.1 CE se trata de las modalidades –representativa y directa– de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general». Sobre esta base, la participación política a la que se refiere el derecho del art. 23 CE es la que se lleva cabo mediante el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo para la elección de órganos representativos, como las Cortes Generales, las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, las entidades del art. 137 CE y el Parlamento Europeo (STC 51/1984, FJ 2.º, y STC 36/2003, FJ 2.º), a

través de los referendos, entendidos como «las consultas populares previstas en la propia Constitución (artículos 92, 149.1.32.<sup>a</sup>, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3)» (STC 63/1987, FJ 5.º, y el ATC 399/1990, FJ 2.º), y mediante el régimen de Concejo abierto y la iniciativa legislativa popular (STC 76/1994, FJ 3.º, y ATC 140/1992, FJ 2.º). En definitiva, derechos relativos a la adopción de decisiones sobre cuestiones de interés general del cuerpo electoral (STC 103/2008, FJ 2.º), y que permiten a la persona participar en su cualidad de llamada a conformar la voluntad popular (SSTC 12/2008, FJ 10.º).

Sin embargo, «sobre la base del art. 23.1 CE, no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental» (STC 212/1993, FJ 4.º). Según el fundamento jurídico sexto de la STC 110/1995, quedan fuera del derecho del art. 23.1 CE otras modalidades que, aun previstas en la Constitución o en las leyes,

no supone(n), en todo caso, una participación política en sentido estricto [...] Este hecho manifiesta, igualmente, que no estamos ante cauces articulados para conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos –en los distintos ámbitos en que territorialmente se articula el Estado– precisamente en lo que tiene de general, sino más bien para oír, en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa.

Entre estas otras modalidades se hallan, según la propia STC 119/1995, distintos instrumentos que permiten la participación de los ciudadanos en la producción de disposiciones administrativas y actos administrativos [art. 105.a) y c) CE] y en el funcionamiento de los centros educativos públicos y la Seguridad Social (arts. 27.5 y 7 y 129.1 CE), a los que habría que añadir otras menciones a la participación contenidas en los arts. 48, 51 y 131 CE (PÉREZ ALBERDI, M. R., 2008, págs. 187-188). Asimismo, se integrarían en estas otras formas de participación las consultas populares distintas del referéndum (SSTC 103/2008, FJ 2.º, y 31/2010, FJ 69.º). En definitiva, modalidades de participación que dan su contenido a derechos que son cauce para la expresión de intereses particulares, ya sean individuales, ya sean colectivos (STC 103/2008, FJ 2.º).

Si partimos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, podríamos dividir los derechos del art. 30 EAAAnd en tres grupos: a) derechos que suponen la plasmación en el ámbito de la Comunidad Autónoma del derecho fundamental de participación política del art. 23 CE y que, por tanto, se insertan en lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «democracia política» –serían el derecho de sufragio activo y pasivo y el derecho a promover y presentar iniciativas legislativas (art. 30 a y 30 b)–; b) derecho de petición, que es la plasmación en el ámbito autonómico del derecho fundamental reconocido en el art. 29 CE (art. 30 d); c) otros derechos de participación, no derivados del art. 23 CE y que son instrumentos de democracia participativa, entre los que se incluirían el derecho a participar en la elaboración de las leyes, a promover la convocatoria de consultas populares y a participar activamente en la vida pública andaluza (art. 30 b, 30 c y 30 e).

Ciertamente, el entendimiento que se acaba de proponer tiene inconvenientes: en primer lugar, no coincide con el concepto de democracia participativa mantenido por la doctrina (PIZZORUSSO, A., 1980, págs. 133-134; BIGLINO CAMPOS, P., 1996, pág. 3599;

LARIOS PATERNA, M. J., 2003, págs. 71-78, y URIARTE TORREALDAY, R., 2008, págs. 230-236); en segundo lugar, mezcla en un mismo concepto de democracia participativa instrumentos de participación en la vida política y otras modalidades de participación en ámbitos de la Administración, la vida económica, las relaciones sociales o las relaciones de trabajo. Además, el Estatuto parece partir de un concepto de democracia política más amplio que el sostenido por el Tribunal Constitucional.

- 9 De cualquier modo, es conveniente tener en cuenta la división entre instrumentos de democracia política y de democracia representativa que se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional, al menos, por las consecuencias respecto a la titularidad de los derechos que encarnan, ya que solamente a los derivados del art. 23 CE se aplicarán las restricciones impuestas por el art. 13.2 CE para el reconocimiento de derechos a los extranjeros.
- 10 Junto a lo anterior, debe destacarse que los derechos de participación política son, en todos los casos, derechos de configuración legal en cuanto a sus facultades, requisitos y modalidades de ejercicio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha destacado este carácter respecto de los derechos derivados del art. 23 CE. Conforme a la STC 76/1994 (FJ 3º) «el derecho a participar directamente en los asuntos públicos, como todos los derechos que la Constitución establece, no puede sino ejercerse en la forma jurídicamente prevista en cada caso». Más claramente, «los derechos de participación directa sólo tienen el alcance que deriva del ordenamiento vigente». Además, esta característica deriva claramente de las remisiones al Reglamento del Parlamento y a las leyes que contiene el art. 30.1 EAAnd.
- 11 Las competencias del Estado y las normas que las desarrollan operan como marco que debe respetar la regulación de los derechos del art. 30 EAAnd por parte de la Comunidad Autónoma. Las normas del Estado pueden derivar del ejercicio de la potestad para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, que le reserva el art. 149.1.1.ª, y que, en lo que se refiere a los derechos de los arts. 23 y 29 CE, debe desarrollarse mediante la aprobación de las correspondientes leyes orgánicas, por efecto del art. 81.1 CE, o bien, en su caso, de sus competencias sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas o el procedimiento administrativo común, previstas en el art. 149.1.18.ª CE.
- 12 Resulta interesante, al menos en el plano doctrinal, la cuestión relativa a la misma aptitud del Estatuto para reconocer y desarrollar derechos fundamentales, dado que, como hemos señalado, el derecho de sufragio y a concurrir como candidato, el derecho a promover y presentar iniciativas legislativas y el derecho de petición, reconocidos en las letras a, b y d del art. 30 EAAnd, suponen la plasmación en el ámbito político autonómico de derechos fundamentales reconocidos en los arts. 23.1 y 29 CE. Sin embargo, los derechos del art. 30 EAAnd se encuentran vinculados a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre organización y estructura de sus instituciones de autogobierno (art. 46.1.º EAAnd) y la Comunidad Autónoma tiene competencias para, respetando las correspondientes leyes orgánicas estatales, desarrollar dicha regulación y regular las distintas modalidades de ejercicio de tales derechos en su ámbito, conforme se deduce, entre otras, de las SSTC 132/1989 (FJ 16º), 173/1998 (FJ 7.º) y 135/2006 (FJ 2.º). Además, el derecho a promover consultas

populares (art. 30.1 c EAAnd) está vinculado específicamente a la competencia del art. 80 EAAnd.

El reconocimiento de estos derechos en el Estatuto de Autonomía, por lo tanto, puede entenderse como una manera de reconocer su vigencia y aplicación en la vida política de la Comunidad Autónoma y como una habilitación a la Junta de Andalucía para regular su ejercicio en el ámbito autonómico, en el marco de la regulación básica estatal. Para Cámara Villar, la Comunidad Autónoma podría regular los derechos de participación política como «derechos fundamentales de expresión propia en el nivel autonómico» (CÁMARA VILLAR, G., 2007, págs. 26). Pérez Alberdi considera que el Estatuto sólo puede reiterar el contenido constitucionalmente declarado del derecho de participación política, pero que no es su función redefinir el contenido de las facultades de este derecho (PÉREZ ALBERDI, M. R., 2008, pág. 200). 13

El art. 30 EAAnd prevé, al igual que el art. 29 CE, la participación «directamente o por medio de representantes». Sin embargo, es notorio también que el art. 30 EAAnd ha pretendido llevar a cabo un reforzamiento de los instrumentos de democracia directa (PORRAS NADALES, A., 2009, pág. 112). Esto merece un comentario, dado que el Tribunal Constitucional mantiene una interpretación muy restrictiva respecto a la operatividad de los mecanismos de democracia directa. Según la STC 119/1995 (FJ 3.º), «aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que "priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa" (STC 76/1994, FJ 3.º)». La STC 103/2008 (FJ 2º) ha añadido que 14

En nuestro sistema de democracia representativa, [...] los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (caso de la reforma constitucional por la vía del art. 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios previstos en los arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras.

Con todo, la propia STC 119/1995 ha admitido la articulación de mecanismos de participación distintos de los previstos en la Constitución, si bien con el matiz de que no deberían entenderse como emanación del art. 23 CE. Para dicha sentencia, sus afirmaciones deben entenderse «quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo». Por otra parte, el desarrollo de instrumentos de participación tiene soporte doctrinal en autores que, al contrario que el Tribunal Constitucional, defienden que «las instituciones de participación directa cuentan en el texto constitucional con una vis expansiva fruto del mandato de maximización de la participación contenida en el art. 9.2 o del reconocimiento de la participación directa en los asuntos públicos como un derecho fundamental que realiza el art. 23 CE» (AGUIAR DE LUQUE, L., 2000, pág. 87). 15

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que este reforzamiento de los instrumentos participativos tiene un alcance limitado. En la práctica, el Estatuto de Autonomía no hace más que recoger instrumentos que se aprobaron y regularon mediante ley durante 16

la vigencia del anterior Estatuto de Autonomía. En general, la aportación del Estatuto es, más bien, haber dado consideración estatutaria a estos instrumentos y, por tanto, asegurar la necesidad de su existencia, al entenderlos ya, no como meras técnicas de participación de creación y regulación legal, sino como derechos que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma tienen la obligación de respetar.

## B. LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

- 17 Titulares del derecho de participación del art. 30 son, ante todo, los andaluces y andaluzas. Esto incluye a los andaluces y andaluzas en el exterior (art. 6 EAAnd), ya que el art. 30 EAAnd no exige la vecindad administrativa en los municipios andaluces para el ejercicio de este derecho (art. 5 EAAnd). Con ello, sigue la línea marcada por la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los andaluces en el mundo, que ha reconocido a los andaluces en el exterior, entre otros, el derecho a ser elector y elegible y el derecho a participar en las iniciativas legislativas populares (arts. 5 y 7 de la Ley 8/2006), en las mismas condiciones establecidas en la legislación para los andaluces residentes en Andalucía.
- 18 El apartado segundo del art. 30 EAAnd confía a la Junta de Andalucía el establecimiento de los mecanismos adecuados para hacer extensivos estos derechos «a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros residentes en Andalucía», si bien, como el propio artículo indica, «en el marco constitucional y sin perjuicio de los derechos de participación que les garantiza el ordenamiento de la Unión Europea.» Este apartado concuerda con el art. 12 EAAnd, que reconoce la especialidad del derecho de participación del art. 30 EAAnd, en lo que se refiere a la determinación de sus titulares.
- 19 El art. 30.2 EAAnd expresa, por tanto, un principio programático, que compromete a los órganos de la Comunidad Autónoma, y en especial al Parlamento, a establecer los mecanismos para extender a los extranjeros los derechos del art. 30 EAAnd, pero sin imponer ritmos ni plazos. Los derechos reconocidos a los extranjeros en aplicación de esta previsión tomarán su fundamento y su contenido de las leyes respectivas.
- 20 En todo caso, debe recordarse que el art. 13.2 CE impide reconocer a los extranjeros el derecho a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el art. 23 CE, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Por esta razón, la previsión del art. 30.2 EAAnd no parece aplicable a los derechos reconocidos en el art. 30.1 derivados del art. 23 CE, es decir, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones autonómicas, previsto en la letra a, y el derecho a promover y presentar iniciativas legislativas, previsto en la letra b. La prohibición anterior no se extiende al derecho de petición, como pone de relieve el art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de este derecho, que atribuye su titularidad a toda persona natural o jurídica, con independencia de su titularidad.
- 21 En cuanto a los derechos que constituyen instrumentos de democracia participativa según la concepción del Tribunal Constitucional, depende de la Junta de Andalucía su

posible extensión a los extranjeros, si bien, en el marco de la legislación estatal, cuando se trate de derechos sobre cuya regulación incida alguna competencia del Estado.

### C. EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO

La letra a del art. 30 EAAAnd reconoce «el derecho a elegir a los miembros de los órganos representativos de la Comunidad Autónoma y a concurrir como candidato a los mismos.» Esta fórmula supone la plasmación del derecho de sufragio activo y del derecho de sufragio pasivo con respecto a la elección de los diputados al Parlamento de Andalucía e, indirectamente, a la elección de cargos parlamentarios representativos y del presidente de la Junta y a la designación de los senadores y senadoras de la Comunidad Autónoma<sup>1</sup>. Mientras que el derecho de sufragio activo deriva del art. 23.1 CE, el derecho a presentarse como candidato deriva del art. 23.2 CE, que integra el derecho de sufragio pasivo (STC 12/2008, FJ 9º). Este derecho fundamental, además, resulta de necesaria aplicación en el espacio autonómico, debido a que el art. 152.1 CE recoge la existencia de una asamblea legislativa como base de la organización institucional de las comunidades autónomas que, como la nuestra, accedieron a la autonomía por el procedimiento del art. 151 CE. 22

El desarrollo de este derecho, como los demás del art. 30, queda remitido a los términos que establezcan la Constitución, el Estatuto y las leyes, según el primer apartado de dicho artículo. 23

La remisión al Estatuto de Autonomía resulta procedente, ante todo, porque los arts. 101, en sus apartados 1 y 2, 104 y 105 EAAAnd determinan elementos importantes del sistema electoral que afectan al derecho de sufragio, en sus dos vertientes. Además, el art. 118 EAAAnd regula la elección del presidente de la Junta y el art. 106.17.º EAAAnd se refiere a la designación de los senadores y senadoras que correspondan a la Comunidad Autónoma. 24

El art. 105 EAAAnd prevé la aprobación de la ley electoral por mayoría absoluta. Ahora bien, dado que este derecho supone una especificación del derecho de participación del art. 23 CE, corresponde a la Ley Orgánica del Régimen Electoral la regulación de sus elementos esenciales. La ley de la Comunidad Autónoma deberá desplegarse en el marco de la ley estatal. En nuestra Comunidad Autónoma, esta materia viene regulada por la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, modificada por la Ley 5/2005, de 8 de abril. 25

La Ley 5/2005 introdujo en el art. 23.1 de la Ley Electoral de Andalucía el requisito de que en las candidaturas se alternen hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares. Es decir, la ley andaluza ha convertido en listas paritarias lo que en la ley estatal es una previsión de listas de composición 26

---

<sup>1</sup> Este derecho se aplica solamente en relación con los cargos públicos de representación política (por todas, STC 80/1994, FJ 3). Se excluye del derecho de participación en asuntos públicos la elección de los miembros de la Junta de Gobierno de un colegio de abogados (STC 23/1984, FJ 4.º), de los miembros de los órganos de una caja de ahorros (SSTC 18/1984, FJ 7.º, y 133/1989, FJ 4.º), de representantes sindicales (STC 189/1993, FJ 5), de los miembros de una junta de facultad (STC 212/1993, FJ 4.º) o del secretario de un colegio público (STC 80/1994, FJ 3.º).

equilibrada, lo cual resulta conforme con el art. 44.bis.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, tras la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El art. 105.2 EAAAnd prevé que la ley electoral establezca criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales. Fundamento añadido para esta medida es el inciso final del art. 14 EAAAnd, que admite las acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas. El Tribunal Constitucional, en sus SSTC 12/2008 (FJ 9.º) y 13/2009 (FJ 15.º) ha entendido que estas previsiones son compatibles con el derecho de participación en los asuntos públicos del art. 23 CE.

- 27 Además, constituyen desarrollo de este derecho los artículos 27 a 59, 137, 138 y 180 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, relativos a la elección de cargos parlamentarios representativos y del presidente o presidenta de la Junta y a la designación de senadores y senadoras, los arts. 4 a 6 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y la Ley 19/2007, de 17 de diciembre, de designación de senadores y senadoras en representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- 28 El art. 30.1 a EAAAnd no ha recogido el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos de carácter autonómico, con los requisitos establecidos en la ley. En todo caso, este derecho se deriva del art. 23.2 CE y resulta complemento indispensable para la efectividad del derecho de sufragio activo y pasivo previsto en la letra a del art. 30.1 EAAAnd. Además, la jurisprudencia ha afirmado repetidamente la conexión que existe entre el derecho de participación política del apartado primero del art. 23 CE y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, pues «cuando se trata de cargos representativos [...] ambos se presuponen mutuamente» (STC 24/1989, FJ 2.º). Ello es así, «existiendo entre ellos tan íntima relación que no es excesivo considerarlos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política», sin perjuicio de la posibilidad de identificar el distinto contenido de cada uno de ellos (STC 71/1989, FJ 3.º).

#### D. EL DERECHO DE INICIATIVA LEGISLATIVA Y A PARTICIPAR EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

- 29 La letra b del artículo 30.1 EAAAnd recoge el derecho a promover y presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento de Andalucía y a participar en la elaboración de las leyes. Finalmente, prevé este derecho «en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento».
- 30 La iniciativa legislativa popular forma parte del derecho fundamental a la participación política reconocido en el art. 23.1 CE, según reconoce la STC 76/1994, y ha reafirmado, en relación con las iniciativas legislativas en el ámbito autonómico, el ATC 428/1989, en su fundamento jurídico tercero. Por ello, la regulación y el ejercicio de este derecho deben respetar el marco previsto en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, de Iniciativa Legislativa Popular, algo que ha confirmado la Ley 5/1988, de 17



de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, y que admite, asimismo, el art. 111.2 EAAnd<sup>2</sup>.

La Ley 5/1988 ha considerado que son titulares de este derecho los ciudadanos que gocen de la condición política de andaluces, sean mayores de edad y se encuentren inscritos en el Censo Electoral (art. 1.1). En el mismo sentido se pronuncia el art. 108.5 del Reglamento del Parlamento de Andalucía. De igual modo, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho de participación política tiene como titulares a los «ciudadanos en cuanto tales y, por consiguiente, a las personas individuales. No es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas» (STC 51/1984, FJ 2.º, y, en el mismo sentido, STC 63/1987, FJ 5.º). Sin embargo, el art. 30.1 b EAAnd reconoce el derecho a presentar iniciativas legislativas directamente o por medio de entidades asociativas. Asimismo, el Estatuto recoge la iniciativa legislativa de los ayuntamientos (art. 111.2 EAAnd), algo corroborado por el art. 1.2 de la Ley 5/1988. 31

El art. 3 de la Ley 5/1988 ha previsto las materias excluidas de la iniciativa popular, conforme admite la STC 76/1994 (FJ 3.º). Por otra parte, el ATC 140/1992 (FJ 3.º) ha deslindado la distinta naturaleza de las infracciones que pueden tener lugar en el curso de la tramitación de una iniciativa legislativa popular y las posibilidades de control de aquéllas mediante el recurso de amparo, en una formulación aplicable a la iniciativa en el ámbito autonómico. En el mismo sentido se pronuncian el ATC 428/1989 (FJ 3.º) respecto a la naturaleza de control de legalidad efectuado por la Mesa, y el ATC 304/1996 (FJ 2.º) respecto a la aplicación de las causas de inadmisión establecidas en atención al contenido material de las proposiciones de ley, en relación con la iniciativa legislativa popular. 32

El derecho a participar en la elaboración de las leyes, por el contrario, no deriva del art. 23 CE y es, por tanto, siguiendo el esquema de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un ejemplo de democracia participativa. 33

La remisión del inciso final del art. 30.1 b EAAnd al Reglamento del Parlamento de Andalucía debe entenderse como acumulada a la que se deriva del párrafo inicial de este artículo en relación con el Estatuto y las leyes. Esta remisión tiene especial importancia en lo que atañe al derecho de participación en el procedimiento legislativo, ya que la regulación de este derecho corresponde al Reglamento del Parlamento. 34

El art. 113 EAAnd convierte lo que el art. 30 entiende como un derecho para ser ejercido «directamente o por medio de entidades asociativas» en un derecho que los ciudadanos deben ejercer «a través de las organizaciones y asociaciones en que se integran». La conjunción de estos artículos debe entenderse en el sentido de que el 35

---

<sup>2</sup> En la actualidad, se está tramitando en el Parlamento de Andalucía una Proposición de Ley de modificación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos (8-11/PPL-000007), que, en su disposición final primera, prevé «la participación de las personas promotoras de las Iniciativas Legislativas Populares en la presentación y defensa ante el Pleno de la Cámara y seguimiento de los debates en idénticos términos a los de los diputados y diputadas en las Proposiciones de Ley, así como su participación en la oportuna Comisión parlamentaria.» Esta previsión debería desarrollarse mediante reforma del Reglamento del Parlamento. La Proposición de Ley citada procede del Grupo Parlamentario Socialista. Existe, asimismo, otra Proposición de Ley con el mismo objeto, procedente del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía (8-11/PPL-000012).

Estatuto impone la necesidad de que el Reglamento del Parlamento regule la participación en el procedimiento legislativo a través de las organizaciones y asociaciones representativas de distintos intereses sociales, que constituye la modalidad más funcional de participación en este ámbito (LARIOS PATERNA, M. J., 2008, pág. 202), y admite que, opcionalmente, dicha participación se extienda a los individuos. En una modalidad o en otra, la participación de los ciudadanos es, con el nuevo Estatuto de Autonomía, un elemento necesario del procedimiento legislativo (CARMONA CONTRERAS, A. M., 2009, pág. 351).

- 36 Por otra parte, este derecho tiene como cauce actual para su ejercicio las comparecencias informativas previstas en el art. 112 del Reglamento del Parlamento de Andalucía. No obstante, la configuración de la participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo como un derecho parece contradictoria con que el apartado tercero del artículo citado atribuya a la Mesa de la Comisión la decisión sobre la oportunidad de las comparecencias informativas, de manera que dicha decisión queda en manos de la mayoría (en el mismo sentido, CARMONA CONTRERAS, A. M., 2009, pág. 351). Sin embargo, la apertura del procedimiento legislativo a cualquier opinión individual o colectiva puede dar lugar a prácticas obstruccionistas, disgregar el debate en una superposición de intereses particulares, dificultar la adopción de leyes que promuevan los derechos de grupos minoritarios o tradicionalmente postergados y condicionar el debate sobre medidas que, aun siendo impopulares, podrían ser necesarias en determinadas coyunturas económicas. La participación, en definitiva, debe garantizarse, pero no puede abrirse a cualquier individuo o grupo que quisiera hacer uso de ella. En este sentido, nos encontramos, más que ante un derecho, ante una garantía institucional.
- 37 Por todo ello, entendemos más coherente con el Estatuto de Autonomía una opción intermedia, que permita decidir sobre los entes llamados a comparecer a una minoría cualificada, que podría consistir en un porcentaje de los miembros de la Comisión, o bien en dos grupos parlamentarios (LARIOS PATERNA, M. J., 2008, pág. 201), como hacen el art. 67.4 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias y, ya en derecho comparado, el art. 51 del Reglamento del *Bundesrat*.
- 38 Además, sería coherente con la definición de la participación en el procedimiento legislativo como derecho atribuir a las organizaciones sociales la facultad de solicitar la comparecencia, aunque la decisión sobre la admisión de la comparecencia deba ser adoptada en el seno de la Comisión conforme a las reglas que se han sugerido.
- 39 Las aportaciones surgidas de dichas comparecencias informativas pueden incorporarse al proyecto de ley a través de las enmiendas, que corresponde presentar a los diputados y a los grupos parlamentarios (art. 113 del Reglamento del Parlamento de Andalucía).
- 40 El art. 30 no ha recogido el derecho de los ciudadanos a intervenir en el control parlamentario del Ejecutivo, que tiene su vía en el art. 165 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que prevé las preguntas de iniciativa ciudadana.

## E. EL DERECHO A PROMOVER LA CONVOCATORIA DE CONSULTAS POPULARES

Cuestión fundamental para entender este derecho es distinguir su objeto, es decir, cuáles son las consultas populares sobre las que versa. Indudablemente, el derecho trata de las consultas populares enunciadas en el art. 78 EAAnd, es decir, encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, excepto el referéndum. Sin embargo, ello hace que debamos preguntarnos por la diferencia entre el concepto clásico de consulta popular y el referéndum. Conforme a la STC 103/2008 (FJ 3.º):

El referéndum es, por tanto, una especie del género «consulta popular» con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral [expresivo de la voluntad del pueblo (STC 12/2008, FJ 10)] conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995).

Además, según recalca el fundamento jurídico segundo de la misma sentencia, «el referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE», lo cual no hace sino confirmar las afirmaciones expresadas anteriormente por la STC 63/1987 (FJ 5.º) y el ATC 399/1990 (FJ 2.º). Por el contrario, las demás modalidades de consulta serían «otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral» y «no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE».

En todo caso, se trata de un asunto que ha recibido tratamientos dispares en la doctrina, la cual, en líneas generales, parte de presupuestos distintos a los de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, asimila el modelo clásico de consulta al referéndum y entiende que el derecho a participar en las consultas deriva también del art. 23 CE. Remitimos al comentario al art. 78 EAAnd para la referencia a la polémica doctrinal sobre este tema.

Además, el Estatuto añade algunos elementos de interés en otros artículos. El art. 78 EAAnd recoge la competencia exclusiva de la Junta de Andalucía sobre consultas populares, en unos términos que incluyen las consultas de ámbito autonómico junto con las de ámbito local. El art. 111.3 EAAnd precisa que las modalidades de consulta popular deberán versar sobre «asuntos de especial importancia para la Comunidad Autónoma». Finalmente, el art. 117.4 EAAnd atribuye al presidente de la Junta de Andalucía la facultad de proponer por iniciativa propia o a solicitud de los ciudadanos, de conformidad con el establecido en el art. 78 y en la legislación del Estado, la celebración de consultas populares en el ámbito de la Comunidad Autónoma, sobre cuestiones de interés general en materias autonómicas y locales.

El art. 30.1 c EAAnd se refiere a dos modalidades de consulta, las de ámbito local y las de ámbito autonómico. La normativa fundamental de la primera se encuentra en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que reconoce en su

art. 18.1 f el derecho de los vecinos a pedir la consulta popular en los términos previstos en la ley y prevé en su art. 70 bis la facultad de proponer la celebración de una consulta popular local mediante iniciativa popular. En este marco, la Comunidad Autónoma ha aprobado la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía, que permite la iniciación del procedimiento por la propia Corporación municipal, mediante acuerdo adoptado por mayoría simple a propuesta de un grupo municipal, o por la solicitud de un grupo de vecinos, suscrita por un número de firmas variable en función de la población de los municipios. Quedan excluidos de la consulta popular local los asuntos relativos a la hacienda local (art. 71 LRBRL y art. 3 de la Ley 2/2001).

- 46 La regulación de las consultas de ámbito autonómico constituye una tarea pendiente para la Comunidad Autónoma. No existe tampoco norma alguna del Estado que condicione la futura regulación autonómica. Incluso, como veremos en el comentario al art. 78 EAAnd, es muy discutible que estas consultas deban, necesariamente, someterse a la autorización estatal. En todo caso, el art. 30.1 c EAAnd obliga a contemplar, cuando se lleve a cabo su regulación, una modalidad de consultas de ámbito autonómico por iniciativa popular.
- 47 El art. 30.1 c EAAnd no impone la convocatoria de la consulta popular en el caso de que sea promovida conforme a los requisitos legales. En la actualidad, el art. 70 bis de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local establece que la consulta popular local debe ser convocada por el alcalde, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación y autorización del Gobierno de la Nación. Esta previsión ha sido seguida y desarrollada por los arts. 7 a 11 de la citada Ley 2/2001.
- 48 De acuerdo con una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989, «el legítimo ejercicio del derecho a pedir la consulta popular debe de ser objeto de la oportuna respuesta por el alcalde, que, en caso de ser negativa, podrá ser fiscalizable ante la jurisdicción». Esta sentencia confirma que, en caso de que la solicitud por iniciativa popular cumpla los requisitos previstos legalmente, resulta obligada la tramitación de la petición formulada, que se contrae a la celebración del Pleno y la votación sobre la procedencia de celebrar la consulta, así como la elevación de la convocatoria, de estimarse pertinente, al Gobierno de la Nación. La sentencia citada, asimismo, describe las diferencias entre el derecho de petición y el derecho a instar la celebración de una consulta popular. Tiene interés, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008, sobre el ámbito de control judicial de la denegación por el Consejo de Ministros de la autorización para la convocatoria de la consulta.
- 49 El carácter no vinculante de las consultas locales no está expresado en ninguna norma, pero se suele derivar del art. 69.2 LRBRL. Asimismo, se manifiesta en este sentido una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1983.
- 50 El art. 6 de la Ley 2/2001 atribuye el derecho de promover la consulta a «un grupo de vecinos», definido conforme a dicho artículo. También el art. 18.1.f LRBRL atribuye este derecho a los vecinos, como hemos visto anteriormente. Sin embargo, esto debe interpretarse de conformidad con lo previsto en el art. 70.bis 2 LRBRL, que limita el derecho de presentar iniciativas que incorporen una propuesta de consulta popular local a los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. Por otra parte, la consulta se decide por sufragio de los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales (arts. 3 y 15 de la Ley 2/2001).

Ahora bien, la STC 103/2008 ha considerado que las consultas populares no son 51 expresión del derecho de participación política del art. 23.1 CE. Sobre esta base, sería posible la extensión del derecho a instar consultas populares y a participar en ellas a los extranjeros que no tengan reconocido el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. En principio, para ello parece necesaria una reforma de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, si bien el art. 14.1 de la Ley Foral 27/2002, de 28 de octubre, del Parlamento de Navarra, reguladora de consultas populares de ámbito local, reconoce ya el derecho a participar a los vecinos y vecinas del municipio, mayores de edad e inscritos en el padrón municipal, y la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de la Carta Municipal de Barcelona, prevé que los extranjeros empadronados pueden participar en referendos y otros procedimientos consultivos que promueva el Ayuntamiento y reconoce el derecho de todos los empadronados a ser consultados por medio de la consulta ciudadana que pueden organizar el Ayuntamiento y sus distritos (arts. 10.5 y 35).

Ya sin la limitación prevista en la Ley de Bases de Régimen Local, sería posible extender 52 este derecho a los extranjeros en relación con las consultas de ámbito autonómico, sobre las que nada dice la legislación estatal.

#### F. EL DERECHO DE PETICIÓN

Este derecho se reconoce en la letra d del art. 30.1 EAAnd en los mismos términos que en 53 el art. 29 CE. El ejercicio del derecho de petición podría ser regulado en el ámbito andaluz en el marco de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, que constituye la norma estatal reguladora de este derecho. No obstante, la doctrina ha mostrado dudas sobre la necesidad real de una norma reguladora de este derecho en la Comunidad Autónoma, dado el carácter completo de la citada Ley Orgánica (TEROL BECERRA, M. J., 2008, pág. 191).

#### G. EL DERECHO A PARTICIPAR ACTIVAMENTE EN LA VIDA PÚBLICA ANDALUZA

Este derecho se encuentra reconocido en la letra e del art. 30.1 EAAnd, que añade que 54 «para lo cual se establecerán los mecanismos necesarios de información, comunicación y recepción de propuestas». Se trata, nuevamente, de un instrumento de democracia participativa, que podría extenderse a los extranjeros. Señala Pérez Alberdi que «de manera intuitiva podemos colegir que (este derecho) se refiere a la participación de los ciudadanos en la programación de las políticas públicas y de la mención a los mecanismos de información, comunicación y recepción de propuestas» (PÉREZ ALBERDI, M. R., 2008, pág. 199). Este derecho se ve complementado por otros que se refieren a la participación de los ciudadanos en distintos ámbitos, especialmente el laboral y el de la Administración, previstos en los arts. 27, 31, 134, 163 y 170 EAAnd.

#### H. GARANTÍAS

Se aplican a estos derechos las garantías de los arts. 38, 40 y 41 EAAnd, si bien estas 55 garantías deberán aplicarse conforme a su naturaleza de derechos de configuración legal. Está excluida la regulación de estos derechos mediante decreto legislativo o decreto ley (arts. 109.2 d y 110.1 EAAnd). La ley electoral, que tiene encomendada la regulación de

**Artículo 31. Buena administración**

*Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las administraciones públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20912])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21061]).

**Artículo 31. Buena administración**

*Se garantiza el derecho a una buena administración, de acuerdo con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en los términos que establezca la ley. Comprende el derecho de todos frente a las administraciones públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a que éstas traten los asuntos que le conciernen de manera imparcial y objetiva, a participar plenamente en las decisiones que les afecten y a acceder a la documentación e información de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos en Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23.646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24260]).

**Artículo 31. Buena administración**

*Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos frente a las administraciones públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a que éstas traten los asuntos que le conciernen de manera imparcial y objetiva, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera equitativa e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a la documentación e información de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos en Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 7]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 256]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 308]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 30); Comunidad Valenciana (art. 9.2); Aragón (arts. 16 y 62.2), Baleares (art. 14); Castilla y León (art. 12).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 247/2007, FF.JJ. 11.º y 12.º  
STC 31/2010, FJ 16º.

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: «Sobre la idea europea de buena administración», en *Noticias de la Unión Europea*, núms. 247-248 (2005), pág. 61 y ss.

CASTILLO BLANCO, Federico: «Derechos y principios relacionados con la buena administración y la calidad de los servicios», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pág. 351 y ss.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro: «La Administración de la Junta de Andalucía», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, pág. 905 y ss.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel: «El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.15 (2008), pág. 137 y ss.

GALERA RODRIGO, Susana: «Ciudadanía. El derecho a una buena administración», en ÁLVAREZ CONDE, E., y GARRIDO MAYOL, V. (Coords.): *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1439 y ss.

GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: «Derecho a una buena administración», en MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coords.): *Comentarios a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Biblioteca Nueva-Fundación BBVA, Madrid, 2008, pág. 66 y ss.

GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, Vicente, y ORDUÑA PRADA, Enrique: «El derecho a una buena administración. Especial referencia a los gobiernos locales», en ALMONACID



LAMELAS, V. (Dir.): *Estudios sobre la modernización de la Administración local*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 131 y ss.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan: «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30 (2007), pág. 445 y ss.

PONCE SOLÉ, Juli: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime: *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006.

SÖDERMAN, Jacob: «El derecho fundamental a la buena administración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 214 (2001), pág. 8 y ss.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz: *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.

WAKEFIELD, Jill: *The Right to Good Administration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. ORIGEN DEL CONCEPTO: LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. C. LA RECEPCIÓN DE LA IDEA DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. I. La buena administración en el ámbito estatal. II. La buena administración en los nuevos Estatutos de autonomía. D. CONTENIDO DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTATUTO ANDALUZ. E. LA BUENA ADMINISTRACIÓN: ¿UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO, UN DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN O UN DERECHO SUBJETIVO DE LOS CIUDADANOS?

### A. INTRODUCCIÓN

Las preocupaciones surgidas en el último tercio del siglo XX acerca de la reforma de la Administración alumbraron múltiples y variadas propuestas sobre la modernización y la simplificación de la gestión administrativa, muchas de las cuales resultaron ser más especulativas y difusas que realmente operativas. Más recientemente, el ya largo debate sobre la eficacia y la eficiencia administrativas que hace de trasfondo de las aludidas corrientes reformistas se ha escorado al terreno de la calidad y mejora de la gestión de los asuntos públicos y la prestación de los servicios, donde se acrisola hoy la idea de «buena administración», que da un nuevo enfoque a problemas conocidos y a situaciones de derecho consabidas que se imantan y galvanizan, adquiriendo nuevas potencialidades, en torno a este nuevo paradigma. <sup>1</sup>

- 2 Más allá de sus posibles concreciones jurídicas, la noción de «buena administración» se ha revelado como portadora potencial de exigencias ligadas a las ideas de *gobernanza* y *buen gobierno*, de tanta pujanza en el campo de las ciencias políticas y de la Administración, que la «buena administración» encarnaría, de forma más tecnificada, en el ámbito del derecho público (como han notado, entre otros, BAENA DEL ALCÁZAR, M., 2005, 64, y RODRÍGUEZ ARANA, J, 2006, *passim*).
- 3 Pero la virtualidad del concepto y su operatividad práctica pasan por resolver un problema jurídico que la «buena administración» arrastra en su propia genética y se agrava al recorrer su genealogía: el de cuál sea su naturaleza jurídica. Ciertamente, la idea de buena administración aparece hoy pomposamente amasada bajo la veste del «derecho subjetivo», y hasta «fundamental» en los textos que le dan vida normativa (entre los que se encuentra el art. 31 del Estatuto que es objeto de comentario). No obstante la morfología multifacética y evanescente de este «derecho» nos hace dudar de cuál sea su verdadera naturaleza jurídica, si la de un principio informador, la de un mandato-deber o la de un verdadero derecho subjetivo. Una vez más hay que recordar que la naturaleza de los conceptos jurídicos, o juridificados –que adquieren relevancia y significación jurídica–, no es ni mucho menos una cuestión retórica. Ni tampoco es –pese a lo que muchas veces se piensa– sólo una cuestión teórica, de esas que tediosamente se reciben por el público en general (de forma muy equivocada) como poco relevantes para resolver problemas cotidianos. La naturaleza jurídica es un *prius* necesario para conocer el comportamiento práctico de las instituciones jurídicas, su régimen de validez y de eficacia y su justiciabilidad. Y en relación con la buena administración, ese *prius* es el verdadero *punctum saliens* de la cuestión, porque, junto a facultades claramente jurídicas, el «derecho» a una buena administración presenta otras variadas facetas, de índole programática y deontológica, que parecen «rebajar» su perfil acercándolo más a la idea del principio informador o a la del mandato que a la del derecho subjetivo pleno.

#### B. ORIGEN DEL CONCEPTO: LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

- 4 La buena administración es una noción forjada al calor del derecho comunitario europeo. No obstante, el concepto de buena administración no ha tenido plasmación explícita en los tratados ni el derecho comunitario derivado hasta hace relativamente poco tiempo. Principalmente ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), acompañada luego por la del Tribunal de Primera Instancia (TPI), la que de modo paulatino ha ido deduciendo, desde muy temprano, la existencia de un principio general del derecho comunitario de «buena administración» que, como tal principio, juega un papel de límite y parámetro de legalidad de la acción comunitaria. Asimismo, la idea de buena administración ha servido para imponer a la Administración comunitaria el respeto de un cierto estándar de comportamiento en sus relaciones con los estados miembros, sus organismos y agentes y con los propios administrados; sentando el corolario de que los supuestos de mala administración pueden dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Comunidad.
- 5 Al depurar las distintas facetas de la buena administración, la jurisprudencia comunitaria ha destilado principios y garantías que dejaban entrever la legalidad

comunitaria, tanto en un plano formal o procedimental como sustantivo. En relación con las garantías procedimentales, el Tribunal ha extendido la protección del estatus defensivo de los ciudadanos a «cualquier procedimiento que pueda perjudicarle»<sup>1</sup> o del que pudieran derivarse decisiones o actos desfavorables para el interesado. En el orden defensivo, la garantía central para la jurisprudencia comunitaria ha sido el derecho de audiencia que, según el propio Tribunal, ha de comprender la posibilidad de disponer de la información y el tiempo suficientes para que cada cual fundamente su criterio<sup>2</sup>. La motivación sería otro de los aspectos formales que garantizan la ecuanimidad y razonabilidad de las decisiones administrativas, aparte de constituir un elemento esencial de su control jurídico<sup>3</sup>. En el plano sustantivo, la jurisprudencia comunitaria ha ligado el principio de buena administración a las actuaciones en las que se garantizan la igualdad de trato y la no discriminación<sup>4</sup>, así como a los principios de transparencia y acceso a la información<sup>5</sup>, que serían presupuestos necesarios de la buena administración; mientras que su ausencia, desde una perspectiva negativa, revelaría un supuesto de «mala» administración.

Muchos de estos derechos aparecen hoy recogidos en los tratados, en especial en el <sup>6</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que se hace eco de una labor de positivación progresiva cuyo punto culminante fue la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que ha adquirido carácter vinculante tras la entrada en vigor a finales de 2009 del Tratado de Lisboa). Inspirándose en los derechos reconocidos en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 41 de la Carta eleva el «derecho a una buena administración» al rango de derecho fundamental de los ciudadanos europeos, mientras que el art. 43 recuerda el derecho de éstos a quejarse ante el Defensor del Pueblo Europeo de «los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales». Por su parte, el primero de los preceptos citados se limita a enumerar sin ánimo exhaustivo un conjunto de rasgos de la buena administración, tales como el derecho de toda persona «a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable», precisando que la buena administración incluye «en particular» (de ahí el carácter no exhaustivo del precepto),

el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; y la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

Quedan así enunciadas cuatro facultades de este polimórfico derecho a la buena <sup>7</sup> administración: la idea de que la Administración debe actuar dentro de un plazo razonable; el derecho de acceso al expediente y a la información que le permita al

<sup>1</sup> STJCE, caso France c. Comisión, de 14 de febrero de 1990.

<sup>2</sup> SSTJCE, caso Heylens, de 15 de octubre de 1987, caso Orkem, de 18 de octubre de 1989, y caso TU Manchen, de 21 de noviembre de 1991; y SSTPI, caso Listernal, de 6 de diciembre de 1994, y caso Nölle, de 18 de septiembre de 1995.

<sup>3</sup> STJCE, caso Michel, de 26 de noviembre de 1981.

<sup>4</sup> STPI, caso Mónaco c. Parlamento Europeo, de 9 de julio de 1997.

<sup>5</sup> STJCE, caso Interpoc, de 6 de marzo de 2003.

interesado conocer el alcance y las razones de la acción que le afecta (que sería la faceta procedimental del más general derecho el acceso a la información y a la documentación en poder de los poderes públicos, plasmado de forma separada en el art. 42 de la Carta); el derecho a hacerse oír y expresar su criterio antes de que la Administración actúe, y, finalmente, la idea de equilibrar y tener en cuenta los intereses en presencia en cada caso, lo que conllevaría la equidad y la imparcialidad de la resolución y, como garantía de fehaciencia y justedad, el deber de motivarla.

- 8 Se trata de un «derecho» de perfiles abiertos, vago y difuso por definición; justo lo contrario de un derecho subjetivo perfecto, cerrado y aprehensible. Así, junto a facetas y facultades claramente jurídicas, el derecho de buena administración presenta otras de índole más programática (deber de actuar con equidad, imparcialidad y en un plazo razonable) y deontológica (especialmente potenciadas en algunos desarrollos ulteriores del derecho), como pueda ser el deber de los funcionarios de mantener una actitud cortés y solícita. Se pretende que las instituciones comunitarias cumplan sus obligaciones jurídicas al tiempo que asumen una voluntad de servicio, pero se hace desnaturalizando la juridicidad del derecho, lo cual tiene ventajas e inconvenientes. Empezando por los segundos, esta faz deontológica de la buena administración diluye la consideración jurídica de su naturaleza como auténtico «derecho subjetivo», acercándolo al terreno del deber ser y de los principios de actuación de la Administración, cuyo carácter esencialmente informador rebaja notablemente su potencialidad reivindicativa y justiciable en las relaciones jurídicas con terceros (¿es jurídicamente exigible la cortesía?). Pero la vocación deontológica del derecho también tiene una ventaja indudable desde el punto de vista de la responsabilidad anudada a la conducta de la Administración, y es que hace quebrar la ecuación del principio de legalidad, de modo que un incumplimiento del deber de buena administración no tiene por qué entrañar necesariamente ilegalidad, ni viceversa. No en vano, se ha dicho con agudeza que la «buena administración» encierra en el fondo la idea de superar, sin abandonarlo, el principio de legalidad como punto de partida y fin de la legitimación de las administraciones públicas (TORNOS MAS, en el prólogo a PONCE SOLÉ, J., 2001, pág. 21).
- 9 En todo caso, al consagrar formalmente el derecho de los ciudadanos a la buena administración, la Carta va más lejos que la preexistente jurisprudencia comunitaria, encapsulando en la figura del derecho subjetivo (aunque con esas dificultades –y ventajas– que derivan de su perfil deontológico) un concepto que hasta entonces se movía esencialmente en un plano más axiológico. Es de destacar que la jurisprudencia comunitaria manejaba una noción bastante más matricial que la del derecho subjetivo, más identificable con la idea de principio informador: parámetro de legalidad de las actuaciones inicuas y principio orientativo de la acción administrativa en términos de diligencia, actuando como mandato imperativo para la Administración comunitaria con consecuencias desde la perspectiva de la responsabilidad. La jurisprudencia comunitaria emplea con frecuencia los términos «principio de la buena administración», o acaso, de «deber de buena administración», lo que no le impide reconocer un derecho de resarcimiento cuando el incumplimiento de una regla vinculante para la Administración comunitaria (deber de motivar, de responder en un plazo razonable, etcétera) origina perjuicios; pero sin llegar a reconocer un derecho subjetivo a un estándar de

comportamiento objetivo y mensurable de la Administración comunitaria que se traduzca en facultades definidas y exigibles por los ciudadanos<sup>6</sup>.

Ha de consignarse que el derecho a la buena administración es el único de los derechos «de ciudadanía» de los que enuncia la Carta que aparece configurado como un auténtico derecho fundamental en consideración a la universalidad con la que se predica, puesto que su disfrute no queda condicionado por la exigencia de la nacionalidad o la residencia en alguno de los Estados miembros. En consecuencia, «toda persona» –como el propio precepto indica– tiene derecho en sus relaciones con las instituciones, órganos y organismos de la Unión a que imperen los parámetros propios de la buena administración, lo que contrasta con el ámbito de aplicación del resto de los derechos «de la ciudadanía» (GONZÁLEZ ALONSO, L. N., 2008, pág. 668). 10

Por lo demás, la regulación que la Carta hace del derecho a la buena administración es poco innovadora, pues muchas de sus manifestaciones tienen expreso reconocimiento en los tratados y otras han sido deducidas hace tiempo por la jurisprudencia. No obstante, es verdad que la Carta hace más visibles estos derechos, les proporciona una base ideológica y los imbrica en un contexto y con una visión de conjunto que representa una manera de hacer las cosas. Ciertamente, acaso la verdadera innovación de la Carta es haber amparado bajo el mismo techo, bajo la misma cobertura legal, un conjunto disperso de derechos y deberes de diversa procedencia y plasmación que adquieren desde esa atalaya del «derecho fundamental a una buena administración» una significación más profunda y distinta, ligada a lo que legítimamente puede esperar un ciudadano europeo cuando trata con el poder público. 11

Por lo que hace a la competencia del Defensor del Pueblo Europeo para denunciar los casos de «mala administración» que plasma el art. 43 de la Carta al que antes nos referíamos, ha de destacarse la labor más creativa de esta defensoría en la definición positiva del derecho a una buena administración. El reto del Defensor en este punto ha consistido en promover una ética de la Administración comunitaria, una ética cuya eficacia real provenga de su carácter reflexivo, mediante el examen atento e introspectivo de la gestión y los comportamientos de la Administración hacia el ciudadano. En esta especie de magistratura de influencia, los dos polos que han guiado la acción del Defensor son la consagración de la obligación de servir, de un lado, y la elaboración de un código deontológico de conducta administrativa, de otro. En primer lugar, como frontispicio ontológico y teleológico de la Función pública comunitaria, la obligación de servir no atiende tanto al *modus operandi* administrativo, al grado de diligencia o negligencia de la acción misma, como a la obligación de resolver y al momento en que la respuesta se produce (por ello el Defensor denuncia como claros supuestos de *mala* administración tanto los retrasos injustificados como las omisiones). En segundo lugar, la promoción de un estándar de moralidad administrativa –éste sí centrado en el *modus operandi* de la Administración comunitaria– tiene su máxima plasmación en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (*Código Söderman*) propuesto por el Defensor al Parlamento Europeo y aprobado por éste el 6 de septiembre de 2001, que concreta en la práctica el derecho a una buena 12

---

<sup>6</sup> STJCE, caso Burban, de 31 de marzo 1992, y SSTPI, caso Nölle, de 18 de septiembre de 1995, y caso New Europe consulting y otros, de 9 de julio de 1999.

administración<sup>7</sup>. En esta misma labor de concreción destaca la Recomendación relativa a una buena administración, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de junio de 2007, a instancias de la Asamblea parlamentaria, donde se formula una serie de recomendaciones y se recogen reglas de conducta administrativa generalmente asentadas en los distintos Estados miembros y que, a diferencia del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa –que se aplica a la Administración comunitaria–, están dirigidas a las administraciones nacionales<sup>8</sup>.

### C. LA RECEPCIÓN DE LA IDEA DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

- 13 La Constitución española no se refiere de forma expresa a la buena administración, pero tampoco puede negarse la sensibilidad del constituyente acerca del modo en que la Administración ha de tratar los asuntos de los ciudadanos, acrisolado en la objetividad y la eficacia que enuncia el art. 103.1 de la misma, y derivados del principio democrático y de la concepción misma del Estado de derecho. Por eso no ha de extrañar que haya podido afirmarse que, si no un «derecho a una buena administración», nuestra Constitución sí consagra implícitamente un «deber jurídico de buena administración», entendido como un deber de diligencia que se correspondería con un derecho al

<sup>7</sup> El Código contiene «los principios generales de buena conducta administrativa» y una serie de disposiciones dirigidas a las instituciones comunitarias y sus funcionarios y agentes que deben respetarlas en sus relaciones con los ciudadanos europeos al objeto de evitar caer en «mala administración». A tal fin, el Código enuncia los siguientes deberes: abstenerse de toda forma de discriminación o abuso de poder, adoptar medidas proporcionadas al fin perseguido, actuar con imparcialidad, independencia, objetividad y respetando al confianza legítima. Junto a ello, los funcionarios y agentes comentarios deben asesorar a los ciudadanos sobre los asuntos de su competencia, advirtiéndoles de los errores u omisiones que aquéllos puedan cometer. Deben ser corteses y responder por escrito en la lengua del ciudadano, transmitiendo con celeridad las quejas que reciban al servicio competente. El Código reconoce a los ciudadanos el derecho a ser oídos y a formular observaciones, a que las decisiones se adopten en un plazo razonable y con indicación de los motivos que las justifican cuando aquéllas puedan afectar adversamente a sus derechos, así como a ser notificados debidamente de las mismas con indicación de las posibilidades de recurso. Asimismo, los funcionarios y agentes han de garantizar el acceso a los documentos en los términos reconocidos por el derecho comunitario europeo, respetando las normas sobre protección de los datos de carácter personal. Finalmente, el Código recuerda el derecho que asiste a los ciudadanos a quejarse ante el Defensor del Pueblo Europeo cuando detecten un caso de mala administración. El Código puede consultarse en <http://www.ombudsman.europa.eu/resources/code.faces> (consultado a 26 de enero de 2011).

<sup>8</sup> Su primera recomendación consiste en «promover la buena administración en el marco de los principios del Estado de derecho y la democracia», declaración de significado más político que jurídico que sólo se entiende por la peculiaridad del ideario de esta organización (unida a la una cierta «minoría de edad democrática» de algunos de los Estado miembros). La segunda recomendación es asumir una serie de obligaciones y de objetivos en la línea de reformas organizativas y de la mejora de la eficiencia administrativa haciendo balance de los costes y los objetivos conseguidos. Aquí sí hay medidas concretas de sumo interés, entre las que destaca la obligación de medir el impacto de estas reformas mediante su seguimiento y permanente evaluación de su grado de cumplimiento. La tercera es la adopción del Código articulado que acompaña la Recomendación. Éste consta de 23 preceptos que recogen y detallan los principios siguientes: legalidad, igualdad, imparcialidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, el principio de oportunidad, el de diligencia, el principio de la participación, el de transparencia y el de protección de la privacidad y los datos personales. Además, existe una sección dedicada a las normas que han de regir la adopción de decisiones administrativas referentes a los requisitos que éstas deben cumplir (publicación, ejecución y modificación de las decisiones), al derecho del ciudadano a ser oído, al de participar en la adopción de decisiones y normas de carácter general, y al pago de un costo razonable por los servicios públicos. La última sección de la Recomendación está dedicada al derecho a la reclamación y al resarcimiento de los daños y perjuicios en supuestos de mala administración.

«procedimiento administrativo debido» (PONCE SOLÉ, J., 2001, pág. 155 y ss). De hecho, no pocos de los contenidos de la buena administración, tal y como han sido explicitados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o por la Recomendación del Consejo de Europa relativa a una buena administración, están de algún modo presentes en el citado art. 103 de la CE y en los arts. 9.3, 32.1, 105 y 106 de la misma (interdicción de la arbitrariedad, eficiencia en la programación y asignación del gasto público, audiencia, participación, control de legalidad de los actos administrativos o responsabilidad patrimonial de la Administración), desde donde se proyectan a la actividad administrativa en su conjunto y, particularmente, sobre el procedimiento administrativo.

### I. La buena administración en el ámbito estatal

La recepción del concepto de buena administración en el ordenamiento jurídico español se debe a la legislación de contratos de las administraciones públicas, que lo recogen en un sentido netamente principal y como equivalente al tradicional principio de buena fe. Así lo hacen hoy el art. 111 del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen local, el art. 25.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y el art. 111.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que enuncian el principio de libertad de pactos que rige en materia contractual y de gestión patrimonial, proclamando en términos generales que las administraciones públicas pueden celebrar contratos, pactos y demás negocios jurídicos, estipulando en ellos las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no contravengan el interés público, el ordenamiento jurídico «o los principios de buena administración».

No es este plano genérico del ejercicio de las potestades o los derechos conforme al límite de la buena fe el sentido que la buena administración ha cobrado en el derecho comunitario europeo, donde –como hemos visto– el principio se reivindica y se proyecta desde un plano organizativo de lo público. Más cerca de esta versión europea de la buena administración están las leyes procesales que hablan de la «buena administración de la Justicia» como parámetro ordenador para afinar cuestiones como el reparto de asuntos (art. 167 LOPJ); legitimar el ejercicio de potestades discrecionales, como se contempla en la posibilidad excepcional de constituir un juzgado o tribunal fuera de su sede (arts. 269 de la LOPJ y 129.3 LEC); o concretar conceptos jurídicos indeterminados como el de «urgencia» de las actuaciones judiciales (art. 131.2 LEC). Y aún se acerca más todavía a la versión europea de la buena administración la nueva legislación en materia de personal al servicio de la Administración pública, a cuya cabeza se sitúa la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, en cuya Exposición de motivos se dice que

las administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que se va consolidando en el espacio europeo, y contribuir al desarrollo económico y social.

Y es que en gran medida es eso: más que a un novedoso derecho-garantía de última generación, el «derecho» a la buena administración apunta, antes que nada, a un problema organizativo y de *modus operandi* interno de la Administración, que es la doble clave organizativa y procedimental en la que han de leerse los «principios de organización,

funcionamiento y relaciones con los ciudadanos» del Capítulo I del Título I de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en particular, arts. 3 y 4), los «principios generales» de actuación de las administraciones públicas del art. 3 de la Ley 30/1992 y, sobre todo, la relación de derechos del art. 35 de dicha ley, que son los preceptos donde algunos han querido ver una implícita manifestación del «derecho» a una buena Administración (TOMÁS MALLÉN, B., 2004, pág. 449 y ss).

- 17 Pese a estas plasmaciones más o menos aproximadas al principio de buena administración, han sido los nuevos Estatutos de autonomía –*ratione tempore*– los que claramente han tomado la delantera en la plasmación de la buena administración como un derecho de la ciudadanía, para lo que han tenido muy en cuenta la suerte que el principio ha corrido en el derecho comunitario europeo, aunque –como seguidamente veremos– la tendencia general ha sido enriquecerlo con nuevos contenidos (no siempre los mismos) y darle un mayor ámbito de cobertura, que acaso lo hace aún más abierto e inespecífico.

## II. La buena administración en los nuevos Estatutos de autonomía

- 18 Frente a los primeros Estatutos de autonomía, que se limitaron poco más que a reproducir lacónicamente la alusión a la eficacia del art. 103.1 CE, los nuevos Estatutos han apurado las competencias en materia de autoorganización, régimen jurídico de su propia Administración y especialidades «procedimentales» derivadas de su organización, afrontado este orden de problemas de forma mucho más decidida e incisiva, como muestra la generalizada formulación de un derecho subjetivo autónomo a la buena administración.
- 19 En este sentido, no hay que olvidar el contrapunto que representó la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su sentencia 247/2007, sobre el nuevo Estatuto valenciano, que rebajó notablemente la euforia estatuyente calificando las declaraciones de derechos contenidas en las normas estatutarias como meros principios rectores aplicables únicamente como mandatos a los poderes públicos autonómicos, pero sin gozar de eficacia directa, puesto que, para su efectividad, requieren la mediación del legislador que será quien pueda «acabar» de diseñar su régimen jurídico y hacerlos, por tanto, plenamente justiciables. De este modo, la aludida sentencia del Tribunal Constitucional degrada los «derechos» estatutarios al rango de principios rectores. Baste apuntar aquí, en lo que a nosotros interesa, que esta concepción de las declaraciones de derechos estatutarios como «principios, criterios o directrices» tiene la evidente pretensión de negar la naturaleza jurídica de derechos subjetivos de tales enunciados «con independencia de la veste que revistan» –dice la sentencia– y con los demoleedores (y polémicos) efectos que ello trae al vaciar de contenido sustantivo dichas declaraciones, cuestionando la competencia y el fundamento mismo para que los Estatutos plasmen tablas de derechos. Debe notarse, sea como fuere, que la STC 31/2010 ha matizado los términos excesivamente categóricos en que se pronunciaba la STC 247/2007, al reconocer que, aun cuando se prodiguen los mandatos a los poderes públicos, no faltan en el Estatuto «proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*» (FJ 16.º).



20 Siguiendo la senda de los precedentes valenciano (art. 9.2) y catalán de 2006 (art. 30), tres de los otros cuatro Estatutos aprobados desde entonces han plasmado expresamente la noción de «buena administración» como derecho-garantía (Balears –art. 14–, Andalucía –art. 31–, y Castilla y León –art. 12–); mientras que el Estatuto aragonés (cuyo art. 62.2 sigue apelando a los clásicos principios de buena fe y de confianza legítima como guías de la actuación de la Administración autonómica) recoge implícitamente la idea de buena administración en varios de los derechos y principios rectores de su Título I (en particular en los «derechos en relación con los servicios públicos» de su art. 16).

21 Muchas de las fórmulas empleadas por los nuevos Estatutos se inspiran en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), aunque debe reconocerse la inexistencia de un modelo y la presencia de variaciones de importancia<sup>9</sup>. De hecho, son tantas las discordancias entre los distintos textos estatutarios que, más allá del *nomen iuris*, es prácticamente imposible reconocer homogeneidad en lo que aparentemente pretende ser una categoría jurídica unitaria, enunciada en todos los casos como un derecho subjetivo. No obstante, a grandes rasgos puede decirse que la «buena administración» de los Estatutos se traduce en el reconocimiento de una serie de derechos que se agruparían en dos campos diferenciados (aunque no siempre se contemplen los dos ni, dentro de cada uno, los contenidos sean los mismos): de un lado, el de la prestación de servicios públicos, donde se reconoce el derecho a acceder en condiciones de igualdad y a que los servicios respondan a estándares de calidad, con independencia de cuáles sean su titularidad o régimen de prestación. De otro lado, en relación con el comportamiento de la Administración en la gestión de los asuntos de los ciudadanos y en la tramitación de los procedimientos administrativos, donde toma cuerpo el derecho de los ciudadanos a recibir un trato objetivo e imparcial en sus relaciones con la Administración, a acceder a la información y a los documentos que les afecten, a establecer la relación en el idioma propio –en aquellas comunidades autónomas que tienen lengua propia–, y a que decisiones de los poderes públicos autonómicos se adopten en un plazo razonable y sean proporcionadas a las finalidades que aquéllos persiguen.

22 Quizás lo más homogéneo de la regulación estatutaria del derecho a una buena administración sea el carácter eminentemente programático con que todos los textos tratan este «derecho». En todos los casos se apela al desarrollo legislativo del mismo, por lo que la idea de derecho subjetivo acabado o perfecto, plenamente ejercitable ante los tribunales, se diluye en esas cláusulas remisorias donde esos «derechos» habrán de concretarse y encontrar garantías específicas.

---

<sup>9</sup> Que afectan a la concepción misma de la buena administración y su objeto. Así, la noción amplia del Estatuto catalán, que comprende garantías procedimentales y también referidas a la prestación de servicios públicos tuvo un eco ampliado en los Estatutos valenciano (que hace especial hincapié en el derecho a la participación) y balear (que, además, engloba en la buena administración derechos variopintos, como la atención a las víctimas o el acceso a la función pública en razón del mérito y la capacidad); mientras que los Estatutos andaluz y castellano-leonés se constriñen más a las dimensiones procedimentales del derecho.

#### D. CONTENIDO DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTATUTO ANDALUZ

- 23 Siendo un derecho de configuración legal («en los términos que establezca la ley»)<sup>10</sup>, el art. 31 EAAnd fija un contenido mínimo o necesario del derecho a una buena administración que comprende dos subprincipios de actuación de las administraciones que operen en el territorio andaluz: la proporcionalidad y la objetividad e imparcialidad. Junto a ello, plasma cuatro derechos subjetivos que se predicán, en general, para «todos» [los ciudadanos]: que las decisiones de la Administración que les afecten se adopten en un plazo razonable, el derecho a participar en las mismas, el de obtener información veraz y el derecho de acceso a archivos y registros públicos.
- 24 Los principios de objetividad e imparcialidad, presentes –como sabemos– en el art. 41 CDFUE y en el art. 103.1 CE, operan como pautas inspiradoras de la actuación de las administraciones y como parámetro de control judicial de las mismas. Por su parte, el principio de proporcionalidad apunta la necesaria adecuación de las actuaciones y decisiones de la Administración a los fines que las justifican (mandato genérico del art. 53.2 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Este principio cuenta con reconocimiento y desarrollo en diversos ámbitos sectoriales en los que aflora el ejercicio de potestades ablativas o restrictivas de derechos y libertades, donde la jurisprudencia le ha reconocido un incisivo juego en el control del ejercicio de dichas potestades.
- 25 El derecho a la participación «plena» de los ciudadanos en las decisiones que les afecten coincide en lo fundamental con la garantía que plasma el art. 105 c) CE. Acaso como efecto de la «plenitud» con la que modula expansivamente esa garantía el Estatuto (o acaso como reflejo del derecho a la información que plasma el art. 20 CE), se reconoce el derecho a obtener de las administraciones públicas una información veraz; es decir, ni incompleta, ni inexacta, ni errónea ni falsa. El derecho a la resolución de los asuntos en un plazo razonable implica el derecho a la resolución expresa en un plazo proporcional a la complejidad de la instrucción del procedimiento (en el marco establecido por los arts. 42 a 44 Ley 30/1992). Por su parte, el derecho a «acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca», reconocido en el art. 105 b) CE y desarrollado por el art. 37 Ley 30/1992 para todas las administraciones públicas, se amplía notablemente en su alcance, que el Estatuto extiende a sujetos públicos que no son Administración pública (como las instituciones y corporaciones de Andalucía), mientras que el criterio constitucional se ciñe a los archivos «administrativos». La conciliación de ambos criterios no es fácil, y parece que exigiría la determinación legal de cuáles son los archivos «institucionales» y «corporativos» que tienen carácter administrativo (Escribano Collado, P., 2008, pág. 918), pues no puede decirse que todos los que gestionan dichos sujetos tengan tal carácter.

---

<sup>10</sup> El art. 5 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, desgrana el «principio de buena administración» en una relación de subprincipios y derechos que es prácticamente coincidente con el art. 31 del Estatuto y que, en puridad, no puede entenderse desarrollo del mismo, dada su elaboración paralela.

## E. LA BUENA ADMINISTRACIÓN: ¿UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO, UN DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN O UN DERECHO SUBJETIVO DE LOS CIUDADANOS?

Desde la perspectiva de la normatividad, los principios del derecho actúan como un *prius* jurídico ontológico y axiológico que señala con carácter permanente los objetivos o metas a alcanzar en las relaciones jurídicas, por lo que están necesitados para su efectividad de un proceso de concreción. En ocasiones, dicho proceso lo endereza la norma, positivizando un principio que, por esta vía, adquiere una corporeidad y reconocibilidad que potencia su función informadora, sirviendo de contraste de legalidad de las fuentes subordinadas y propiciando que éstas regulen derechos subjetivos o deberes inspirados en ellos. En todo caso, si un principio (como el de buena administración) se positiviza así, queda convertido en un mandato a los poderes públicos, en un *deber* en sentido técnico-jurídico (y no en una simple facultad), de modo que las normas subsiguientes podrían desarrollarlo mediante –entre otras posibilidades– el diseño de derechos subjetivos perfectos. 26

Como hemos visto, la buena administración fue deducida como principio general del derecho comunitario por la jurisprudencia. Sus distintas manifestaciones y facetas fueron positivizadas por los tratados hasta quedar reflejadas, bajo la cobertura formal de un «derecho fundamental» en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Nuestro ordenamiento, y especialmente el derecho autonómico, se ha hecho eco del principio, dándole nuevas dimensiones que en su mayoría incluyen derechos subjetivos preexistentes que se imantan a la idea de buena administración para adquirir una proyección unitaria desde un «derecho subjetivo» de nuevo cuño. Pero esta sustantivización normativa del principio, que lo dota de rango y fuerza normativa, no merma ni desdice su naturaleza informadora autónoma y primigenia, que se sitúa en un plano apriorístico y distinto; un plano que alude a la naturaleza institucional del principio de buena administración. En todo caso, ha de quedar claro, en el plano del razonamiento jurídico, que una cosa son los principios y otra los derechos subjetivos, sean éstos preexistentes o sean un precipitado derivado de un principio, y distintos son –desde luego– la funcionalidad y los efectos jurídicos de unos y otros. 27

Desde la perspectiva de la toma de decisiones administrativas, el papel que está llamado a desempeñar el principio de buena administración es doble. De un lado, como deber de medios –no ya de resultado–, materializa el derecho a una instrucción fundada y diligente del procedimiento administrativo; y, de otro lado, se erige en parámetro de control interno de la discrecionalidad y de indicio de calidad de la gestión administrativa. Esta conversión de la buena administración en parámetro de control de la discrecionalidad ya estaba presente en el Libro Blanco adoptado por la Comisión Europea, el 1 de marzo de 2000, que está en la base de la Carta de Derechos Fundamentales adoptada en Niza. Puede decirse así que uno de los contextos y finalidades primigenias del principio es, precisamente, el de articular su potencial de actuación en ese terreno, donde puede llegar a jugar un papel más incisivo, más penetrante que el que desempeñan los límites negativos a la discrecionalidad o el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad. La buena administración es el pilar sobre el que ha de cimentarse, en este sentido, el «control de calidad» de la decisión discrecional, pues la idea no se limita a consagrar el deber de la Administración de no ser irracional y arbitraria en sus decisiones, ni siquiera el de 28

limitarse a cumplir con la legalidad, sino el deber jurídico de hacer un adecuado ejercicio de su función, que se acerca más a la idea de «acertar» (adoptando de modo diligente decisiones adecuadas, de calidad) que a la de «no fallar» (que representaría el parámetro de la legalidad).

- 29 Junto a ello, hemos visto que los textos normativos que plasman el derecho a una buena administración lo configuran como un derecho subjetivo y lo desgranán en una serie de ellos, haciendo –al menos nominalmente– un uso técnico-jurídico del término «derecho» subjetivo. No obstante, a poco que se analiza su estructura y su naturaleza, se observa el carácter genérico, indefinido e incierto del mismo. *Genérico*, porque unifica diversos derechos reconocidos de manera dispersa por el ordenamiento jurídico. *Indefinido* e indeterminado, porque la enunciación de esos derechos tiene valor enunciativo y referencial, donde tampoco faltan los conceptos jurídicos indeterminados ni las alusiones a principios más o menos vagos (actuar con celeridad y transparencia, gestionar con calidad, etcétera). E *incierto*, finalmente, porque no todos los textos le reconocen el mismo contenido y ámbito objetivo, que a veces difiere mucho entre sí. La conjunción de estos factores da una idea de gran imprecisión del «derecho», de algo inacabado. Impresión que aumenta cuando se alude a las implicaciones deontológicas de la buena administración, que parecen alejar definitivamente esta noción de la clásica definición del derecho subjetivo como la cualidad o poder formalmente reconocido a alguien para exigir imperativamente algo a una persona jurídicamente obligada. Más bien parece que estamos ante un mandato o deber, fruto de la positivización de un principio (el de buena administración), cuyo correlato sería una pretensión jurídica, más que un derecho subjetivo.
- 30 Pese a que no estemos en puridad ante un derecho subjetivo autónomo y pleno, sí es cierto que todas sus formulaciones descomponen el derecho a una buena administración en «subderechos» que correlativamente se corresponden con deberes legales que cuentan con un refrendo legal y un régimen jurídico definido y reconocible como derechos subjetivos plenamente justiciables. Dichos derechos son, a su vez, la traducción al plano procedimental de la legalidad ordinaria de principios constitucionales y estatutarios de actuación de los poderes públicos, que conforman un modo determinado de gestionar los asuntos de los ciudadanos que esencialmente busca la transparencia, la objetividad o imparcialidad, la eficiencia y la participación. Desde esta perspectiva podría afirmarse que se está calificando impropia y de «derecho» subjetivo a un principio informador que da cobertura a todos esos derechos y deberes que en muchas ocasiones sí tienen plasmación legal autónoma y conocida, pero que en otros casos se mueven en un ámbito más indefinido y principialista.
- 31 Sin embargo, esta construcción delicuescente y «débil» del «derecho» a la buena administración no deja de presentar algunas ventajas. En primer lugar, la maleabilidad de sus contornos puede llegar a ser una virtud, tratándose de un «derecho» esencialmente apegado al modo de comportamiento de la organización administrativa que, como toda organización, es por definición evolutiva y cambiante. En segundo lugar, tampoco puede negarse que su reconocimiento autónomo hace más visibles los derechos o «subderechos» que comprende, proporcionándoles una base ideológica que apuesta por un modo de hacer las cosas en el que no sólo importa el principio de legalidad, al imponer desde el centro mismo de la organización administrativa un deber de conducta acorde con un estándar de calidad predefinido. Y en tercer y último lugar,

si bien es cierto que esta condición de sujeto obligado de la Administración no tiene el correlato de un derecho subjetivo distinto a los que, como facetas de un mismo prisma, componen el propio concepto de «buena administración», tampoco es verdad que las garantías jurídicas de la buena administración sean únicamente las garantías jurisdiccionales que corresponden –en cada caso– a los derechos o «subderechos» en que aquélla se descompone (con lo que podría acabarse por asociar el «derecho» a una buena administración a una retórica grandilocuente y huera). En el caso del derecho a una buena administración, no debemos pensar exclusivamente en garantías «jurisdiccionales» de control ordinario de la legalidad, que son las primeras que se vienen a la mente del jurista. La dimensión reivindicativa de la buena administración no tiene aquí su expresión más incisiva, ni siquiera la más importante. No hay que olvidar que hay otras garantías, nada desdeñables, en la labor de denuncia y reconducción de la acción administrativa que tienen los *ombudsmen* (el Europeo y el de las administraciones internas de los Estados) o los organismos y agencias administrativas de control y evaluación de las políticas públicas. Y también hay que recordar que, más allá de los supuestos de ilegalidad por incumplimiento de los deberes que abarca el derecho a la buena administración, la funcionalidad del principio en el ámbito del derecho comunitario europeo es la responsabilidad extracontractual a la que puede dar lugar la «mala administración» en los términos que hoy sanciona el art. 41.3 CDFUE (y el art. 340 TFUE).

Pudiera concluirse así que el «derecho a una buena administración» no es un nuevo 32 derecho, ni tampoco la expresión «quintaesenciada» de los derechos que encierra, sino que –más bien– aporta una nueva dimensión, un relectura de derechos preexistentes, otorgándoles un cariz más incisivo. Quizás sea ésa la mayor virtualidad de la buena administración, la de presentar una visión de conjunto de esos derechos reactivos que afloran frente al mal hacer, al no hacer, o al hacer tardío de la Administración, reuniendo bajo el paraguas de la buena administración ciertas exigencias estandarizadas de calidad en la prestación de los servicios públicos y derechos incardinados en la gestión procedimental. En este sentido, la buena administración emergería como un factor coadyuvante, un derecho «instrumental», que se concibe en función de otros derechos subjetivos ubicados en el procedimiento administrativo y ordenados bajo el objetivo de la buena administración a modo de «subderechos» a los que suministra una base ordenadora, lógica e interpretativa (de carácter técnico-formal) para su aplicación.

**Artículo 32. Protección de datos**

*Se garantiza el derecho de todas las personas al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones públicas andaluzas.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20912])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21061]).

**Artículo 32. Protección de datos**

*Se garantiza el derecho de todos al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones públicas andaluzas.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24260]).

**Artículo 32. Protección de datos**

*Se garantiza el derecho de todos al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones públicas andaluzas.*

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 8]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 256]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 308]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

[s/c].

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 31); Aragón (art. 16.3); Baleares (art. 28); Castilla y León [art. 12 d)].

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmado en Estrasburgo, y ratificado por España mediante Instrumento de 27 de enero de 1984.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 254/1993, FF.JJ. 6.º y 7.º

STC 290/2000, FF.JJ. 7.º y 11.º

STC 292/2000, FF.JJ. 5.º-7.º

STC 31/2010, FJ 17.º

STS, Sala de la Contencioso-administrativo, de 15 de julio de 2010.

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

TRONCOSO REIGADA, Antonio: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.): *Comentario a la Ley de Protección de Datos*, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. C. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ESTATUTO. I. El sujeto titular del derecho. II. Los derechos de acceso, corrección y cancelación. 1. Derecho de acceso. 2. Derechos de corrección o rectificación y de cancelación.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación<sup>1</sup> permite la recogida, el almacenamiento, la organización y difusión, incluso desde lugares remotos, de una gran cantidad de datos de manera inmediata, con una gran eficacia y a bajo coste. Estos avances han generado un abanico de posibilidades impensables hasta hace muy poco tiempo. El problema es que también han incrementando casi a la misma velocidad la posibilidad de que bienes hasta entonces a buen recaudo queden fácilmente al alcance de cualquiera. Nos referimos a la información de carácter personal, datos que no tienen por qué ser de carácter íntimo, que por sí solos quizás no sean capaces de revelar nada extraordinario, pero que a lo mejor, combinados unos con otros, como si de un rompecabezas se tratara, pudieran resultar de extraordinario interés para terceros. A estos riesgos evidentes para los derechos de la personalidad que a modo de daños colaterales los adelantos de la modernidad han generado, pretende hacerles frente el derecho a la protección de datos, que el Estatuto de Autonomía recoge en el art. 32 de la siguiente manera: «Se garantiza el derecho de todas las personas al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones públicas andaluzas».

<sup>1</sup> El EAAnd contempla como un derecho el acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación en el art. 34.



El derecho a la protección de datos es un derecho fundamental que el legislador y el Tribunal Constitucional han sabido reconocer en el art. 18.4 de la Constitución (en adelante, CE). De su tenor literal, sin embargo, no se desprende derecho alguno así denominado, sino una encomienda dirigida al Parlamento para que proteja los derechos de los ciudadanos, particularmente el honor y la intimidad personal y familiar, del posible uso ilegítimo de la informática. Dice así: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Por tanto, en puridad no ha sido la Constitución sino sus intérpretes quienes han derivado de este mandato el derecho que en 2007 se incorpora al Estatuto de Andalucía en el art. 32<sup>2</sup>.

El ejercicio de los derechos a conocer, corregir y cancelar los ficheros que contengan datos personales, a los que hace referencia el art. 32 del Estatuto, se regula en la Ley Orgánica (en adelante, LO) 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que tiene por finalidad hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos personales. A diferencia de la derogada LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LORTAD), que tan sólo protegía estos datos respecto del «uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizados» (art. 1)<sup>3</sup>, la LO 15/1999 amplía su ámbito de aplicación para proteger también los datos personales que se encuentren en ficheros no automatizados. Lo fundamental será que la información figure en un fichero, en un soporte físico susceptible de tratamiento, siendo indiferente que éste sea automatizado (mecanizado) o manual. Es importante esta consideración porque el art. 18.4 de la CE hace referencia exclusivamente a la informática, concepto que el Tribunal Constitucional define en la STC 254/1993 como «tratamiento mecanizado de datos» (FJ 6.º) y el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como «tratamiento automático de la información por medio de ordenadores». Es cierto que al actuar de esta manera el legislador ni contraría lo que el art. 18.4 dispone ni restringe derecho alguno, más bien al contrario. Tan sólo nos limitamos a recordar que, si bien la LO 15/1999 se dicta en desarrollo del art. 18.4, es la informática lo que a la Constitución le preocupa en este precepto. Como la determinación del alcance de los derechos fundamentales queda fuera del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma<sup>4</sup>, consideramos un acierto que el art. 32 del Estatuto andaluz no se haya entretenido en esta cuestión.

Tampoco el art. 32 del Estatuto hace referencia a la finalidad del derecho a la protección de datos. Reconoce los derechos de acceso, corrección y cancelación, pero no dice para qué. La primera sentencia que al respecto dictó el Tribunal Constitucional (STC 254/1993) dejó claro que honor e intimidad no son los únicos derechos que el legislador habría de proteger frente al uso de la informática. A ellos se refiere expresamente el art. 18.4 CE porque son los que con mayor facilidad quedarán expuestos ante el avance de las nuevas tecnologías, pero el precepto termina con una

<sup>2</sup> En este sentido, STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de julio de 2010 (fundamento de Derecho segundo, primera).

<sup>3</sup> El art. 3 del Convenio núm. 108, al definir su ámbito de aplicación, también señala que solo los ficheros y los tratamientos automatizados de datos de carácter personal en los sectores público y privado son los afectados por esta norma.

<sup>4</sup> SSTC 247/1987 [letra d) del FJ 15.º] y 31/2010 (FJ 17.º).

cláusula abierta en la que todos los demás quedan cubiertos. Con mejor tino, a nuestro juicio, el art. 1 de la LO 15/1999, invirtiendo el orden que la Constitución emplea, señala que esta ley tiene por objeto proteger «las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente [señala en segundo lugar] de su honor e intimidad personal y familiar»<sup>5</sup>. Esto es, aun cuando honor e intimidad, por las circunstancias propias de la materia, sean los derechos más amenazados, formalmente el legislador los cita en último lugar para subrayar que son todas las libertades públicas y los derechos fundamentales los que deben quedar protegidos.

- 5 El reconocimiento del derecho a la protección de datos tal y como hoy lo entendemos ha necesitado de un largo periodo de gestación, pues siendo en 1978 cuando la Constitución se aprueba, no es hasta el año 2000 (en la STC 292) cuando se le confieren los caracteres de derecho fundamental autónomo y singular que hoy lo identifican. Hasta entonces, dos sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 254/1993 y 290/2000) y dos leyes orgánicas (5/1992 y 15/1999) fueron allanando ese camino.
- 6 Como de un derecho fundamental se trata, forzosamente tendremos que partir de la Constitución y de la LO 15/1999 (*in extenso*, sobre la ley, TRONCOSO REIGADA, A., 2010 y 2011). Su reglamento se aprobó por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Y es en el Título III, tanto de la ley como del reglamento, donde se reconocen y desarrollan los derechos a los que hace referencia el art. 32 del Estatuto. Como ya hemos adelantado, la potestad normativa por lo que a la configuración sustantiva de un derecho fundamental se refiere, no compete al legislador estatuyente. Así lo reconoce el propio Estatuto cuando en el art. 82 atribuye a la Comunidad tan sólo la competencia ejecutiva en la materia.

## B. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

- 7 Un año antes de que el Tribunal Constitucional identificara por primera vez este derecho en la Sentencia 254/1993, el legislador había cumplido con la encomienda del art. 18.4 CE dictando la ya derogada LORTAD. En su Exposición de Motivos se subrayaba que la privacidad es un concepto que excede el ámbito de lo que a la intimidad corresponde:

Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona [...], la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

<sup>5</sup> La LO 15/1999 adapta nuestro ordenamiento a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Al respecto téngase presente también el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmado en Estrasburgo, y ratificado por España mediante Instrumento de 27 de enero de 1984 (publicado en el *BOE* de 15 de noviembre de 1985).

8 Consciente de la potencial amenaza que para la privacidad de la persona representaba este «progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos», el legislador subrayaba de esta manera la necesidad de establecer instrumentos capaces de frenar posible prácticas ilegítimas.

9 Un año más tarde, como decimos, la STC 254/1993 fue la primera en advertir en el art. 18.4 CE un «instituto de garantía de otros derechos [...] que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental» (FJ 6.º). En esta Sentencia el Tribunal no denominó al derecho como hoy lo conocemos (protección de datos), sino que empleó al mismo tiempo los términos *libertad informática* y *habeas data*, haciendo referencia con ellos a la facultad de controlar los datos relativos a la propia persona insertos en un programa informático. Tampoco reconoció el carácter autónomo y singular que de este derecho se predica hoy, sino que lo concibió como una manifestación de la dimensión positiva que el derecho a la intimidad tiene (art. 18.1 CE), esto es, lo consideró como un derecho fundamental instrumental de éste otro<sup>6</sup>. Por otra parte, también es conveniente advertir que en esta primera sentencia del año 1993, el Tribunal se refirió en todo momento «al uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos», sin hacer en absoluto referencia a la protección de los datos de carácter personal incluidos en ficheros no automatizados, que hoy sí están garantizados por la LO 15/1999. Al efecto debemos recordar que la norma entonces vigente no era ésta, sino la LORTAD, que tan sólo tenía por objeto el tratamiento *automatizado* de los datos de carácter personal; y también que el silencio del Tribunal respecto de la protección de los datos contenidos en ficheros manuales se debió exclusivamente a que, en virtud del principio procesal de congruencia, la resolución tuvo que ceñirse a los términos en los que se había planteado la demanda de amparo. No podríamos hablar, por tanto, de un cambio de doctrina cuando la STC 292/2000 incluye a estos otros dentro del ámbito del derecho a la protección de datos<sup>7</sup>.

10 El siguiente paso en la configuración constitucional de este derecho se dio con la Sentencia 290/2000, que por primera vez se refiere al «derecho fundamental a la protección de datos personales», entendiendo por tal la facultad «de control sobre los datos relativos a la propia persona» que la STC 254/1993 había advertido en el art. 18.4 CE (FF.JJ. 6.º y 7.º) empleando el concepto de «libertad informática»<sup>8</sup>. Lo más relevante de esta Sentencia, además de lo que se acaba de indicar, es que precisa en qué consiste esa capacidad de disposición sobre los datos personales a la que ya había hecho referencia la STC 254/1993: consiste en el derecho a consentir la recogida y el uso de los datos de carácter personal, a conocer la información que contiene el fichero, la finalidad del mismo, las personas que están al tanto de esos datos, así como el derecho de oposición a esa posesión y uso.

<sup>6</sup> STC 254/1993 (FJ 7.º): «[...] la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)». Esta doctrina se reitera en las SSTC 143/1994 (FJ 7.º); 11/1998 (FJ 4.º); 94/1998 (FJ 6.º) y 202/1999 (FJ 2.º).

<sup>7</sup> STC 292/2000 (FJ 7.º): «[...] ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere [...]».

<sup>8</sup> STC 290/2000 (FJ 7.º): «[...] De este modo, en cuanto desarrollan el mandato del art. 18.4 CE, las previsiones de la LORTAD limitando el uso de la informática están estrechamente vinculadas con la salvaguardia de ese derecho fundamental a la protección de datos personales frente a la informática o, si se quiere, a la "libertad informática" según la expresión utilizada por la citada STC 254/1993».

- 11 También nos parece interesante destacar que, si bien la STC 292/2000 fue la primera en afirmar explícitamente el carácter singular y autónomo de este derecho, las puertas para tal reconocimiento quedaron abiertas en la STC 290/2000 cuando, al referirse al bien jurídico constitucionalmente protegido en el art. 18.4 CE, señaló que la LO 5/1992 había «desarrollado un derecho fundamental *específico*» (FJ 11.º). Esto es, mientras que en la STC 254/1993 el derecho a la libertad informática o *habeas data* se había concebido como un derecho instrumental del derecho a la intimidad reconocido en el párrafo primero del art. 18, la STC 290/2000, por primera vez, reconoce la peculiaridad de este derecho, su carácter «específico». Ciertamente es que el Tribunal no aportó entonces ninguna consideración sobre lo que había querido decir al utilizar este adjetivo, pero sin duda con él comenzó a soltarse el nudo que hasta entonces había unido los párrafos uno y cuatro del art. 18 CE.
- 12 La STC 290/2000 contiene un interesante voto particular del magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera (al que se adhiere el magistrado Rafael de Mendizábal Allende), en el que se señala que en esta sentencia (y también en la STC 254/1993, aunque con mayor timidez, como estamos tratando de exponer) el Tribunal había extendido la Constitución a una zona del Derecho no expresamente considerada en su articulado, por lo que, en su opinión, el Tribunal debiera haber reconocido de modo más evidente la existencia de «un derecho fundamental, el derecho de libertad informática, que no figura en la tabla de 1978». Justificó el magistrado la necesidad de tal reconocimiento «para que no queden a la intemperie, sin techo jurídico alguno, intereses esenciales de los ciudadanos». A nuestro modo de ver, dado el carácter vinculante de las interpretaciones del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), creemos que los argumentos que las SSTC 254/1993 y 290/2000 ofrecen en modo alguno dejaban huérfano de protección al bien jurídico reconocido en el art. 18.4 CE, pero sí coincidimos en que hubiera sido conveniente, siquiera por pedagogía constitucional, que el Tribunal expresamente hubiera reconocido la posibilidad de ampliar por vía interpretativa el catálogo de los derechos fundamentales relacionados en la Sección Primera del Capítulo II del Título I CE.
- 13 La STC 292/2000 representa el tercer y último paso en este proceso progresivo de configuración del derecho. Partiendo de la doctrina vertida en las SSTC 254/1993 (FJ 7.º) y 290/2000 (FJ 7.º), en relación con la cualidad del derecho reconocido en el art. 18.4 CE para proteger la vida privada personal y familiar y para salvaguardar la dignidad de la persona, a cuyo propósito se le confiere al titular la capacidad de decidir sobre el uso y destino de sus datos de carácter personal (FJ 5.º), la novedad de esta sentencia respecto de las dos anteriores, como ya hemos ido adelantado, es que en ella por primera vez el Tribunal destaca el carácter singular de este derecho, explicando con detenimiento lo que lo distingue respecto del derecho a la intimidad.
- 14 Concretamente la STC 292/2000, partiendo de la diferencia entre intimidad y privacidad que ya había sido subrayada por la Exposición de Motivos de la LORTAD y a la que había hecho referencia también la STC 254/1993, insiste en que la función de este derecho supera el ámbito propio del derecho a la intimidad en la medida en que no trata tan sólo de preservar ciertos datos del conocimiento ajeno, sino que, sean íntimos o no, lo que reconoce es la capacidad de que su titular pueda decidir sobre el destino de los mismos, para lo que obviamente es preciso que con carácter previo el afectado esté al corriente de los datos que sobre su persona terceros pudieran disponer.

A partir de este planteamiento, que ciertamente también encontramos en la Sentencia 290/2000, el Tribunal se afana en explicar el carácter singular del derecho reconocido en el art. 18.4 respecto del reconocido en el art. 18.1 CE. Lo hace subrayando que si bien el derecho fundamental a la libertad informática se concibe en la STC 254/1993 como una proyección de la dimensión positiva que el derecho a la intimidad tiene, la distinta función de uno y otro provoca que ambos difieran tanto en su objeto como en su contenido, de donde se deriva la autonomía o independencia del derecho a la protección de datos respecto del derecho a la intimidad<sup>9</sup>. De esta manera, el Tribunal termina de romper el cordón umbilical que la STC 290/2000 ya había debilitado. 15

### C. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ESTATUTO

Con carácter previo, en relación con la legitimidad constitucional del reconocimiento estatutario de un derecho fundamental, permítasenos remitir al lector al comentario que hemos realizado al art. 82 en esta obra colectiva. Ciertamente se trata de una consideración a la que en principio debiéramos aludir en este apartado. No obstante, con la exclusiva intención de no repetir contenidos, hemos preferido abordar la capacidad normativa del Estatuto y de la Comunidad Autónoma en materia de derechos al estudiar el alcance de la competencia asumida en el art. 82. 16

#### I. El sujeto titular del derecho

El art. 32 del Estatuto garantiza el derecho a la protección de datos a «todas las personas». En su redacción originaria, tal y como fue aprobada por el Parlamento andaluz, la expresión utilizada para identificar al sujeto titular del derecho era menos precisa, pues se predicaba de «todos». Fue en el Pleno del Congreso de los Diputados donde esta expresión más vaga fue sustituida por aquella otra<sup>10</sup>. No hubo ninguna modificación más en toda su tramitación legislativa. Puesto que la LO 15/1999 deja fuera de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas<sup>11</sup>, son los datos de las personas físicas las que al respecto hemos de tomar en consideración<sup>12</sup>. 17

El art. 12 del Estatuto señala que:

Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título –en el que se ubica el art. 32 objeto de nuestro comentario– son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía [...] de acuerdo con las leyes reguladoras de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. 18

<sup>9</sup> Al respecto véanse los FF.JJ. 6.º y 7.º de la STC 292/2000.

<sup>10</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 246-8, de 7 de noviembre de 2006.

<sup>11</sup> Art. 1 de la ley. El art. 3.6 del mismo cuerpo legal identifica al «afectado o interesado» como la «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento» [en el mismo sentido, art. 5.1.a) del reglamento], de lo que se deriva que las personas jurídicas quedan fuera del ámbito de esta ley, lo que termina por confirmar el art. 2.2 de su reglamento: «Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas [...]».

<sup>12</sup> La ley tampoco es de aplicación a las personas fallecidas, si bien el reglamento señala que «las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos» (art. 2.4).

19 El art. 13.2 advierte que:

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.

20 Por ello, aun cuando el art. 12 haga referencia a la vecindad administrativa de las personas, al determinar quienes son los sujetos del derecho a la protección de datos no podemos ignorar lo dispuesto en la Constitución, en su normativa de desarrollo, ni la doctrina del Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, aun cuando la persona no tuviera su vecindad administrativa en Andalucía, si cualquiera de las instituciones, administraciones o entidades a las que se refiere el art. 82 del Estatuto tuviera en su poder datos que le pertenecieran en ficheros sometidos a tratamiento, además de los preceptos de aplicación general contenidos en la legislación estatal sobre protección de datos, también podría invocarse este art. 32, que, como acabamos de ver, predica el derecho de todas las personas.

## II. Los derechos de acceso, corrección y cancelación

21 Los derechos de acceso, corrección y cancelación a los que se refiere el art. 32 del Estatuto se regulan en los arts. 15 y 16 LO 15/1999, dentro del Título III, que lleva por epígrafe «Derechos de las personas». Estos derechos, junto al derecho de oposición, que no aparece expresamente citado en el art. 32 del Estatuto, han sido desarrollados en el Título III del reglamento, que dedica el Capítulo II al derecho de acceso (arts. 27 a 30), el Capítulo III a los derechos de rectificación y cancelación (arts. 31 a 33) y el Capítulo IV al derecho de oposición (arts. 34 a 36).

22 Estos tres capítulos del reglamento van precedidos por uno primero de «disposiciones generales», que comienza subrayando el carácter personalísimo de todos ellos, por lo que deberán ser ejercitados por el afectado, esto es, por el titular de los datos, previa acreditación de su identidad [art. 23.1 y letra a) del art. 23.2], o por la persona que actúe en su representación, previa acreditación de su condición de representante legal [en caso de incapacidad o minoría de edad, letra b) del art. 23.2], o de representante voluntario [exclusivamente para el ejercicio de este derecho, letra c) del art. 23.2]. «Los derechos serán denegados cuando la solicitud sea formulada por persona distinta del afectado y no se acredite que la misma actúa en representación de aquél» (art. 23.3).

23 Al interesado se le deberá ofrecer «un medio sencillo y gratuito» para que pueda ejercer cada uno de estos cuatro derechos (el de oposición incluido) de manera independiente; quiere esto decir que el ejercicio previo de uno no se exigirá como requisito para invocar otro. No se considerará conforme a la LO 15/1999 que al interesado se le obligue ejercerlos a través de cartas certificadas o similares, o mediante la utilización de servicios de telecomunicaciones que impliquen una tarificación adicional o por cualesquiera otros medios que supongan un coste excesivo para el interesado. Y aun cuando el afectado utilice un procedimiento distinto al establecido por el responsable del fichero para el ejercicio de estos derechos, aquél deberá atender su solicitud siempre que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de su

petición y haya aportado los elementos a los que se refiere el art. 25 del reglamento, donde se regula el procedimiento para el ejercicio de estos derechos (véanse los arts. 15 y 17 LO 15/1999, y apartados 1, 2 y 4 del art. 24 del Reglamento).

Los párrafos segundo a cuarto del art. 18 de la LO 15/1999 rezan de la siguiente manera: 24

2. El interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del organismo competente de cada Comunidad Autónoma, que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación<sup>13</sup>.

3. El plazo máximo en que debe dictarse la resolución expresa de tutela de derechos será de seis meses.

4. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo.

Es en los arts. 117 a 119 del reglamento (Capítulo II del Título IX) donde se regula el procedimiento de tutela de los derechos de acceso, rectificación y cancelación ante la Agencia Española de Protección de Datos. 25

El art. 23 de la LO 15/1999 establece una serie de excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estuvieren realizando (párrafo primero); y también cuando el ejercicio de los mismos pueda obstaculizar las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras por parte de la Hacienda Pública (párrafo segundo). En estos casos, el afectado podrá dirigirse al director de la Agencia de Protección de Datos o del organismo competente de cada comunidad autónoma en el caso de ficheros mantenidos por cuerpos de Policía propios de éstas, o por las administraciones tributarias autonómicas, quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación (párrafo tercero). 26

### 1. Derecho de acceso

Salvo que por mandato de la ley sean cancelados, los datos de carácter personal serán almacenados de forma que sea posible el ejercicio del derecho de acceso (art. 4.6 LO 15/1999)<sup>14</sup>. De acuerdo, con lo establecido en el artículo 15 de la LO 15/1999, este derecho confiere al interesado, esto es, a la «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento»<sup>15</sup>, la facultad de: 27

<sup>13</sup> En relación con tal denegación, cuando se trate de ficheros mantenidos por cuerpos de Policía propios de las comunidades autónomas, o por las administraciones tributarias autonómicas, véase el art. 23.3 LO 15/1999.

<sup>14</sup> En el mismo sentido, el art. 8.7 del reglamento señala que «los datos de carácter personal serán tratados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, en tanto no proceda su cancelación». En el reglamento, el derecho de acceso se regula en los arts. 27 a 30.

<sup>15</sup> Art. 3.e) LO 15/1999.

1. [...] solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.
2. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.
3. El derecho de acceso [...] sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes.

## 2. Derechos de corrección o rectificación y de cancelación

- 28** Los derechos de corrección y cancelación a los que alude el art. 32 del Estatuto se regulan en el art. 16 LO 15/1999 de la siguiente manera:

1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. 2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. 3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión. 4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación. 5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado.

- 29** El art. 44.3.e) LO 15/1999 califica como infracción grave «el impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso y oposición y la negativa a facilitar la información que sea solicitada».



**Artículo 33. Cultura**

*Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20912])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21061]).

***Artículo 33. Cultura***

*Todos tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura y al pleno disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24260]).

***Artículo 33. Cultura***

*Todos tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 8]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 256]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 308]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 22); Aragón (art. 13); Baleares (arts. 15 y 18); Castilla y León (art. 13.10).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía.
- Ley 3/1999, de 28 de abril, de modificación de la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos.

- Ley 16/2003, de 22 de diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 49/1984, FJ 6.º

STC 143/85, FJ 12.º

STC 153/85, FJ 4.º

STC 157/85, FJ 4.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

DE PEDRO PRIETO, Jesús.: *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

ESTEVE PARDO, José.: «Competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura (Comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», en *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 4 (1986), págs. 97-108.

HÄBERLE, Peter: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

HUSTER, Stefan, PAU, Antonio y ROCA, María José.: *Estado y Cultura*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

NIETO GARRIDO, Eva: «Artículo 44», en CASAS BAHAMONDE, M.ª E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Dir.): *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Walters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1083-1087.

PORRAS NADALES, Antonio, y AGUDO ZAMORA, Miguel: «Discurso y estrategia en la política cultural de la Junta de Andalucía», en RUIZ-RICO RUIZ, G., y PÉREZ SOLA, Nicolás.: *Constitución y cultura. Retos del derecho constitucional en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 171-205.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. ESTATUTO Y CULTURAS. C. DERECHO A LA CULTURA: LA CULTURA COMO OBJETO DEL DERECHO.

### A. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del derecho de acceso a la cultura en el Estatuto de Autonomía no tendría por qué soportar el test de su constitucionalidad si no se tratase, entre otras cosas, de un derecho de difícil acotamiento para la ciencia jurídica, habida cuenta la maleabilidad de su contenido (con carácter general, DE PEDRO, J., 2004, y HÄBERLE, P., 2000). El amplio conjunto de libertades y prestaciones que integra abarca desde el <sup>1</sup>

reconocimiento del derecho al desarrollo de las capacidades creativas individuales y colectivas (derecho éste que tiene mucho que ver con el derecho consignado en el art. 20.1.b CE) hasta la protección del patrimonio cultural, no sin dejar de pasar por el fomento de la creación cultural, entre otros. Con dicho test lo único que se pretende es confinar el contenido del derecho estatutario en el estricto marco del poder público autonómico, de tal forma que lo allí reconocido esté soportado en una concreta competencia y que, en consecuencia, la vinculatoriedad del derecho sólo pueda ser predicada ante el poder público autonómico, impidiendo así extensiones ejecutivas del derecho que puedan alcanzar a los poderes públicos estatales.

- 2 El citado test se soslaya sin dificultad una vez se comprueba el extenso ámbito material que incluye la competencia en materia de cultura y que el Estatuto atribuye con carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma:

Artículo 68. Cultura y patrimonio. 1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de cultura, que comprende las actividades artísticas y culturales que se lleven a cabo en Andalucía, así como el fomento de la cultura, en relación con el cual se incluye el fomento y la difusión de la creación y la producción teatrales, musicales, de la industria cinematográfica y audiovisual, literarias, de danza, y de artes combinadas llevadas a cabo en Andalucía; la promoción y la difusión del patrimonio cultural, artístico y monumental y de los centros de depósito cultural de Andalucía, y la proyección internacional de la cultura andaluza. Corresponde asimismo a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de conocimiento, conservación, investigación, formación, promoción y difusión del flamenco como elemento singular del patrimonio cultural andaluz. 2. La Comunidad Autónoma asume competencias ejecutivas sobre los museos, bibliotecas, archivos y otras colecciones de naturaleza análoga de titularidad estatal situados en su territorio cuya gestión no se reserve el Estado, lo que comprende, en todo caso, la regulación del funcionamiento, la organización y el régimen de su personal [...].

- 3 Ello no obstante, hay que afirmar que la suficiencia del test se obtiene a pesar de o por mor de la plena concurrencia que en materia cultural tienen el Estado y las comunidades autónomas. Concurrencia o paralelismo totales que, en su expresión máxima, permiten a ambos poderes ejercer una idéntica actuación competencial desde el mismo plano material, sin que de ello pueda o deba derivarse conflicto de competencia alguno. La reiteración de la materia cultura en el seno de los listados del 148 y 149 CE termina por producir conscientemente el no deslinde de los ámbitos competenciales entre estados y comunidades autónomas en materia cultural, provocando la capacitación de ambos entes políticos para intervenir activamente sobre la misma materia desde sus respectivos ámbitos de intereses (así, ESTEVE, J., 1986, pág. 108). No nos resistimos a reproducir lo que al respecto ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional.
- 4 Por de pronto, pecaría de superficial todo intento de construir sobre la idea de competencia en materia de cultura, concretada al art. 148.1.17.<sup>a</sup>, una competencia omnimoda y excluyente. La lectura de otros textos de la CE (sobre todo el art. 149.2, pero también los que en la lista de este título se refieren a materias culturales) y una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las comunidades autónomas, y aún podríamos añadir de otras Comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden

ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura». Esta es la razón a que obedece el art. 149.2 de la CE, en el que después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente. Que en materia cultural es destacada la acción autonómica es algo inherente a la Comunidad (art. 2.º CE). Que a su vez al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional (STC 49/1984, FJ 6.º).

5 La cultura como materia sobre la que se ejercen competencias concurrentes se torna inútil para delimitar los campos de actuación entre el Estado y las comunidades autónomas. Particularmente, la política de fomento cultural será un territorio abonado para que sobre la misma coexistan políticas del Estado o de la Comunidad Autónoma respectiva, sin que esta duplicidad pueda ser resuelta desde el citado parámetro material. Antes al contrario, habrá que suponer que se trata de una situación querida por el propio poder constituyente, la cual podrá ser aquilatada por los representantes políticos del Estado y las comunidades autónomas en aras de una mayor eficiencia del gasto público. En todo caso, la concurrencia material en materia de cultura permite el solapamiento de políticas que sólo caso a caso podrá decidirse si incurren o no en vicio de competencia por violación de las competencias igualmente atribuidas al otro ente político (en estos casos, el test se centrará en analizar el sentido del precepto legal impugnado y el de la competencia en entredicho). No ocurre así cuando el Tribunal Constitucional puede hacer uso de otros títulos competenciales que, bien por estar integrados plenamente en la materia cultural (protección del patrimonio), bien por tratarse de medios coadyuvantes de la misma (educación, medios de comunicación, investigación e incluso ocio), permiten se haga uso de ellos para resolver conflictos de competencia que, desde lo etéreo de la materia cultura, hubiese sido complicado resolver.

6 Más allá de estas consideraciones, el derecho de acceso a la cultura contenido en el art. 33 EAAnd cumple a la perfección con el test de constitucionalidad a que obliga la STC 31/2010. Y lo cumple incluso a pesar de reconocerse en el citado precepto lo que ya estaba reconocido como derecho fundamental (concretamente cuando consagra el derecho al desarrollo de las capacidades creativas que resulta ser contenido del derecho fundamental a la creación artística y literaria). Como es sabido, a pesar de las advertencias que el Tribunal Constitucional ha hecho respecto de la técnica legislativa de la clonación normativa de preceptos constitucionales, la mera reproducción de preceptos constitucionales no debe conducir insoslayablemente a la declaración de inconstitucionalidad. En todo caso, el contenido del derecho fundamental queda a salvo de su concreción estatutaria, afirmándose específicamente la imposibilidad de considerar a la Ley orgánica del Estatuto como norma de desarrollo del derecho fundamental. Las cautelas no son las mismas cuando el estatuyente decide mutar en

derecho lo que en la Constitución está reconocido como principio rector. Más allá del puro nomen, derechos o principios, la realidad jurídica que presenta el Estatuto es la de configurar como derecho subjetivo lo que era principio inspirador de las políticas públicas autonómicas y estatales:

Art.44 CE: 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. Art.46 CE: Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio.

- 7 Esta operación no plantea los inconvenientes de la reproducción de derechos fundamentales antes señalada, a pesar de que el Estatuto sea la norma a través de la cual se hagan efectivos los principios rectores de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.3 CE. A falta de impedimento constitucional, es una opción libre del estatuyente el proceder de esta forma. El acceso a la cultura como principio rector se reviste de derecho con su inclusión en el Título I del Estatuto. Ahora toca saber de qué forma lo hace y la amplitud de su vestidor.

## B. ESTATUTO Y CULTURAS

- 8 Hablar del derecho de acceso a la cultura en el Estatuto de Autonomía no es posible, sin embargo, si antes no se atienden los múltiples reconocimientos que de la cultura se hacen en este mismo Estatuto. Su frecuente uso por el estatuyente parece romper con el axioma de que la cultura es un concepto poco dado a encorsetamientos en su significado; una dificultad que crece exponencialmente cuando lo que se pretende es acotar el significado del término cultura mediante su inclusión en reglas jurídicas. Sin embargo, la palabra cultura –algo similar ocurre con la de mujer, pero con otra finalidad– atraviesa de principio a fin todo el texto estatutario. Tan es así que nos atreveríamos a afirmar que si el Estatuto de 2007 hubiese que resumirlo en pocas palabras, entre las empleadas en la síntesis ocuparía un lugar de honor los citados términos. «Mujer y cultura» sirven para indicar lo que de nuevo incorpora el Estatuto treinta años después del acceso de Andalucía a la autonomía. En concreto, la palabra cultura aparece citada nueve veces en el Preámbulo estatutario y más de una treintena de veces en veintiocho preceptos diseminados a lo largo del texto. Todas las ocasiones en que se habla de la misma están, directa o indirectamente, ligadas a los concretos derechos o prestaciones que incorpora el art. 33 EAAnd. El polisémico concepto de cultura tiene en el Estatuto un único aunque plural significado, pues, como veremos, pese a que abarca una amplia constelación de libertades y prestaciones, su finalidad no es otra que la de, partiendo de una cultura, permitir y favorecer el libre desarrollo de otras muchas.
- 9 Este amplio y variado conjunto de artículos referidos al hecho cultural son el escenario en el que terminarán desenvolviéndose las libertades reconocidas en el art. 33 EAAnd. Por esta razón no podemos soslayar el esfuerzo de condensar las líneas maestras que inspiran la larga sombra de la cultura a lo largo del texto estatutario. Como bien podrá concluirse, la cultura no sólo es presupuesto de la comunidad política que hace uso de su derecho a la autonomía, sino condición necesaria para su supervivencia. La cultura entendida como hecho diferencial y diferenciador respecto de otras

comunidades políticas, pero a la vez como una realidad viva, abierta al tiempo y a su propia actualización, así como manifestación del pluralismo que admite la existencia de otras culturas en el seno de la misma sociedad.

Esta idea de cultura como rasgo propio de civilización está presente desde el mismo Preámbulo. Allí se presenta a Andalucía como un pueblo con historia y patrimonio cultural propios, labrado a lo largo de siglos en su condición de tierra de acogida y de encuentros entre civilizaciones diversas. Fruto de esta interculturalidad será la manifestación de «un patrimonio cultural tangible e intangible, dinámico y cambiante, popular y culto, único entre la culturas del mundo»: de entrada, pues, la cultura (andaluza) como diferencia, para seguir el patrimonio cultural como seña de identidad. Por encima del lenguaje épico propio de los textos introductorios de las normas materialmente constitucionales, el Preámbulo trata de afirmar la existencia de un elemento cultural de partida en la constitución de la Comunidad Autónoma y su centralidad en el proceso de construcción autonómica. Una identidad cultural reconocible no sólo hacia adentro sino también hacia afuera, pues nuestra singularidad geográfica ha permitido la exportación y expansión de nuestra propia cultura hacia España y hacia el resto del mundo –«una aportación contemporánea a las culturas globales»–. Una común cultura que permitiría soportar sin dificultad el test que sobre este extremo se contiene en el art. 143.1 CE: «En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes [...] podrán acceder al autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas [...]». La historia de Andalucía ha conocido, sin embargo, recientes periodos de subdesarrollo económico y cultural –se reconoce en el Preámbulo– para concluir que, gracias al Estatuto de Autonomía, han sido felizmente superados. 10

El presupuesto de una común cultura como condición necesaria de la comunidad política se traslada al texto positivo del Estatuto en forma de mandato. Concretamente, es objetivo de la Comunidad «el afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, la investigación y difusión del patrimonio histórico, antropológico o lingüístico». La cultura como valor identitario se expresa asimismo a través de la educación, en relación a la cual la Comunidad se reserva la competencia exclusiva que le corresponde sobre las materias relativas a conocimiento de la cultura andaluza. Con idéntica finalidad se mandata a los medios de difusión públicos a que promuevan la cultura andaluza en sus formas tradicionales. Ese «modo de ser» del pueblo andaluz es así objeto de reconocimiento, tutela y protección por parte del derecho. El presupuesto cultural de la comunidad estatuida es un valor digno de ser protegido jurídicamente mediante la «conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico». Por otra parte, el reconocimiento de una cultura andaluza en la diáspora, a la que no se puede dejar desasistida (art. 227 EAAnd, convenios de carácter cultural con otras comunidades autónomas para la celebración de actos de carácter cultural especialmente dirigidos a los residentes de origen andaluz). Asimismo, el reconocimiento de una cultura geográfica e históricamente influida por su entorno más inmediato (art. 243 EAAnd, por el cual se conmina a la Comunidad Autónoma a solicitar del Gobierno que celebre tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que se mantenga particulares vínculos culturales o históricos; asimismo, la atención preferente que en la actividad exterior de 11

la Junta deben merecer los países culturalmente próximos –art. 245 EAAnd–). Por último, la conservación y puesta en valor del patrimonio histórico y cultural como símbolo de una identidad labrada a través de la historia es objeto de ocupación estatutaria (concretamente, cuando se recoge la conservación y puesta en valor como principio estatutario –art. 37.1.18.º– y su definición de la difusión y promoción como competencias exclusivas, además de su proyección internacional. En este sentido, la competencia que la Comunidad se reserva para participar en las decisiones de bienes y equipamientos culturales de titularidad estatal –art.68 EAAnd–).

- 12 La cultura como identidad es también cultura de la sociabilidad. La Cultura como conjunto de valores, principios y creencias de una determinada comunidad sobre el ser humano y su concepción de la vida es un factor indiscutible de socialización del que el estatuyente se ocupa. Así, cuando exige a los poderes públicos que se promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean afectivas, facilitando la participación de todos los andaluces en la vida cultural (art. 10 EAAnd). En el mismo sentido, cuando, para alcanzar el objetivo de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, se conmina a superar cualquier discriminación, específicamente la cultural (art. 10.2 EAAnd). La cultura como factor de socialización quizás se vea mejor en el mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan la integración cultural de los inmigrantes [por tres veces, arts. 10.3.17.º, 37.1.9.º y 62.1.a) EAAnd] y de los mayores en la vida cultural de la comunidad (art. 37.1.3.º EAAnd).
- 13 La integración del extranjero en una concreta cultura y el estímulo a la participación de los nacionales en la misma es un proceso de enriquecimiento con efectos en ambas direcciones. La cultura como identidad es punto de partida que, como tal, no puede impedir ni el desarrollo de la misma ni la existencia de otras culturas en esa misma comunidad, como tampoco puede ni debe evitar la existencia de movimientos contraculturales que la pongan en entredicho. La cultura democrática, pues no se olvide que lo constitucional también es cultura, debe garantizar la existencia de un sano pluralismo cultural o, como ahora se le denomina, de un multiculturalismo cuyo único límite estará trazado por el respeto a los derechos fundamentales y a los valores y principios constitucionalmente garantizados. Todas las culturas, se afirma en la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de la Unesco, de 4 de noviembre de 1966, gozan de igual dignidad y todas forman parte del patrimonio común de la humanidad. La cultura como marca de identidad es punto de arranque hacia otras culturas, en un proceso democráticamente inacabado y en continuo desarrollo. El Estatuto andaluz se hace eco de la cultura como específico valor del pluralismo social (art. 10.3.18.º EAAnd) que, además de ser reconocido, debe ser transmitido y dado a conocer por los medios de comunicación social (arts. 211 y 212 EAAnd, en el que queda explícita la obligación de dar acceso en los medios de comunicación a las instituciones representativas de las diversas expresiones culturales, así como dar a conocer las nuevas facetas creadoras de la cultura). La diversidad cultural se incorporará como valor educativo en los planes de estudio y su respeto debe ser garantizado por los poderes públicos (arts. 21.8 y 37.1.17.º EAAnd), de tal forma que se favorezca la convivencia social y religiosa de todas las personas, fomentándose las relaciones interculturales (la conocida como cláusula de interculturalidad o multiculturalidad que ya está presente en el mismo art. 149.2 CE). La diversidad cultural como valor principal de la comunidad autónomamente constituida tiene su cláusula de cierre en el mandato



por el que se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, particularmente la ejercida por razón de la cultura (art. 14 EAAnd).

Finalmente, el nivel cultural de una sociedad está estrechamente ligado a la calidad de vida y prosperidad de los ciudadanos. Por esta razón, el fomento y desarrollo de los equipamientos culturales, la superación de los desequilibrios culturales a través de políticas de cohesión y solidaridad territoriales y la realización de un eficaz sistema de comunicaciones son políticas imprescindible para mejorar la calidad de vida de los andaluces y andaluzas y para superar los desequilibrios, y por ello son, en consecuencia, objeto concreto de preocupación del estatuyente (arts. 10.3.7.º, 8.º y 10.º EAAnd). La cultura como factor de dinamización de la economía tiene su plasmación en las recientes políticas de aliento al desarrollo de las industrias culturales, que, sin embargo, no ha tenido recepción estatutaria (si bien es verdad que en el art. 68 EAAnd se hace uso del término industria, pero sólo referido a la cinematográfica y audiovisual, calificándose las demás actividades culturales por su nombre: producciones teatrales y musicales, literarias y de danza, entre otras). 14

No podemos pasar por alto la consideración de la cultura como elemento estructural del sistema democrático. La misma idea participación democrática en los asuntos públicos, por sí mismo o por medio de representante, está directamente ligada al nivel cultural del ciudadano. La calidad democrática de una sociedad tiene mucho que ver con la idea de ciudadano sofisticado de la que habla la ciencia política, y la sofisticación de éste pasa por el nivel de preparación cultural que tenga, además de por su nivel educativo y la cualidad receptiva de su exposición ante la información que le llegue a través de los distintos y plurales canales informativos. Un mayor grado cultural implicará un mayor y mejor nivel de respuesta ante los procesos participativos, así como, por lógica deducción, una mayor calidad de la experiencia democrática. Así: «La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa» (art. 10.3.19.º EAAnd). 15

### C. DERECHO A LA CULTURA: LA CULTURA COMO OBJETO DEL DERECHO

La dificultad que tiene la cultura como derecho es la determinación de su contenido. La polisemia del propio concepto evoca muy distintas cosas, de tal forma que el esfuerzo de construir su contenido puede tornarse inútil tanto por exceso como por defecto. Su cercanía a otros derechos complica aún más esta labor, máxime cuando ni doctrina ni jurisprudencia ofrecen hitos que nos coadyuven en la tarea. Hay, sin embargo, un dato que no puede ser desdeñado. El entorno de cultura que rodea al derecho contenido en el art. 33 EAAnd ayuda a enmarcar los significados que del concepto cultura puedan deducirse del Estatuto. Como se acaba de ver, la cultura como identidad y la cultura como pluralidad son dos bienes presentes en el texto estatutario que habrá que tomar en consideración en el momento de proceder a determinar, aunque sea de forma general, los posibles contenidos de un derecho resbaladizo en sus límites. Asimismo, la idea de la cultura como derecho de libertad, es decir, como derecho de creación e incluso de autodeterminación cultural, ejercida tanto individual como colectivamente, forma parte de la precomprensión del derecho. Por último, el doble 16

carácter del derecho a la cultura –su valor objetivo como factor imprescindible del desenvolvimiento democrático– servirá para moldear los contornos de un derecho que, ya lo advertimos, sólo nos permitirá esbozar sus límites más remarcables. Un trazo de su contorno con una mayor definición sólo se podrá realizar una vez la invocación del derecho a la cultura deje de ser una excepción y entre a formar parte de los derechos de los ciudadanos como un derecho con entidad propia. Mientras esto no ocurra, y en reiteradas ocasiones, la realidad habrá de ser suplida mediante el uso de las categorías generales propias de los derechos fundamentales.

- 17 El derecho a la cultura reconocido en el art. 33 EAAnd queda así conformado a través de las distintas expresiones que la cultura tiene en el Estatuto y que acaban de ser expuestas. Sobre él pesa, pues, una realidad objetiva que hace de la cultura uno de los elementos estructurales de la propia comunidad política estatuida. El derecho a la cultura no es más, en este sentido, que el reflejo de la cultura como factor definitorio del poder político estatuido. Así pues, no es extraño que en él estén presentes todas estas dimensiones. Concretamente, hay en el derecho a la cultura el derecho a una identidad cultural. Por esta razón se reconoce el derecho de acceso a la concreta cultura de la que parte la comunidad política y se garantiza el correlativo derecho a disfrutar de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos que conforman el ser del pueblo andaluz. En segundo lugar, hay un concreto derecho a la pluralidad cultural, garantizado mediante el reconocimiento del derecho de acceso a la cultura con valor omnicompreensivo y tutelado mediante el derecho al desarrollo de las capacidades creativas. Y hay, por último, libertad individual y colectiva de creación y de autodeterminación cultural cuando, aun reconociendo la existencia de una cultura social común, se protege la capacidad creativa y la selección en el acceso, es decir, cuando se garantiza la libertad individual ante el hecho cultural.
- 18 Lo hasta aquí afirmado nos permite abordar el análisis del derecho a la cultura desde su doble faceta de derecho de libertad y de derecho de prestación. Así, como derecho que reconoce un haz de facultades a los individuos en el terreno cultural, el derecho reconocido en el art. 33 EAAnd no sólo garantiza la facultad para poder acceder libremente a los ámbitos culturales que uno desee, sino que, en negativo, prohíbe cualquier tipo de traba o impedimento por parte de los poderes públicos que dificulte esta libertad de opción. Por otra parte, como derecho de libertad, el derecho a la cultura funciona también de manera pasiva, pues incluye el derecho de los promotores culturales a difundir, promocionar y exponer sus creaciones culturales sin que puedan existir impedimentos que, justificados en algún bien de relevancia cultural, no resistan un estricto control de proporcionalidad. La libertad de acceso pasiva a la cultura tiene en la protección de las creencias morales o religiosas de terceros un terreno abonado de conflictos (por todas, STEDH, caso Otto Preminger Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994).
- 19 Entre el elenco de libertades reconocidas en el art. 33 EAAnd destaca con nombre propio el derecho a desarrollar las capacidades creativas de forma individual o colectivamente. Más allá del hecho de que se trata de un derecho clonado, pues este concreto ámbito de libertad ya está reconocido en el art. 20.1.b CE, y obviando en consecuencia los problemas de oportunidad jurídica que suscita su reproducción, la libertad de creación artística puede tener la virtud en el Estatuto de completar la idea del derecho a la cultura como un proceso que requiere de protección en todos sus tramos.

Así, como ocurre con el proceso informativo, el iter de creación cultural comprende varias etapas, todas ellas necesarias. Desde el derecho de acceso a la enseñanza y a la cultura como prius lógico del proceso de creación cultural (la labor de creación artística, literaria, científica y técnica resumida en la metáfora de los enanos sobre los hombros de gigantes), hasta el derecho a que se pueda acceder a la obra cultural, como parte final de un largo proceso, el derecho a la cultura debe abarcar, desde esta perspectiva de libertad, todos aquellos pasos necesarios para que la cultura y su proceso de creación pueda desenvolverse libremente en el seno de la sociedad. El reconocimiento de la misma libertad lleva aparejado la contrapartida para los poderes públicos de no entorpecer o imposibilitar la labor creadora. El art. 33 EAAAnd cierra el derecho de acceso a la cultura garantizando su disfrute en condiciones de igualdad. En el mercado libre de la cultura la igualdad juega un papel muy secundario, pues como libertad que es la desigualdad es parte consustancial del espacio social donde la cultura se crea, se expone y se vende. El reconocimiento de la garantía de la igualdad en el acceso a la cultura o a su creación más tiene que ver con la labor de fomento de la cultura por parte de las administraciones públicas. Llegado a este punto, parece razonable que nos ocupemos del contenido prestacional del derecho a la cultura.

La misma discusión sobre cuándo nos encontramos ante una manifestación cultural o de otro tipo es ya un acto de los poderes públicos susceptible de ser cuestionado. El propio derecho se enfrenta así a una contradicción que nace del hecho de reconocer como objeto del derecho un concepto en sí mismo discutible. Necesariamente la determinación de lo que sea o no cultura no puede quedar a la voluntad discrecional de las poderes constituidos o estatuidos. El reconocimiento constitucional y estatutario de la cultura presume y exige la capacidad para que técnicamente pueda ser determinado qué es y no es cultura desde esta concreta perspectiva jurídica. Téngase en cuenta, además, que la misma calificación de lo que se vaya a entender por cultura en un concreto periodo de tiempo marcará la política cultural de fomento que se exige en el art. 33 EAAAnd. 20

El art. 33 EAAAnd, además de reconocer un ámbito de libertad, exige de los poderes públicos una actividad prestacional que favorezca o fomente tanto la libre creación artística como el acceso a la cultura. Esta dimensión objetiva se colige tanto del conjunto de preceptos estatutarios culturalmente cargados como de una percepción de la cultura como *res extra commercium* y, por lo tanto, necesitada siempre de apoyo público para garantizar su existencia. El peligro del reconocimiento de un nivel prestacional en el derecho a la cultura no es otro que el de facilitar al poder político la posibilidad de imponer un único modelo de cultura (dirigismo). Frente a este riesgo, siempre presente en toda política cultural, debe imponerse la interdicción absoluta a toda acción del poder público que pretenda interferir en la labor cultural creativa. Como se ha dicho, la «ceguera estética del poder público» es el principio que debe presidir toda política pública cultural (HUSTER, Stefan (et al.) y otros, 2009, págs. 81-86). Más difícil de evitar será la discriminación que el poder público pueda acordar dentro de una política cultural para apoyar más un arte que otro o una determinada corriente artística más que otra. En cualquier caso, como ocurre con toda política pública, también aquí operan los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad. Este último, en su vertiente material, puede incluso amparar determinadas actuaciones públicas que favorezcan unas determinadas manifestaciones culturales frente a otras más 21

consolidadas. En cualquier caso, es la propia sociedad a través de sus representantes la que aprobará, discutirá, evaluará y someterá a control democrático la política pública en materia de cultura. Política pública cuyo eje central debe ser el fomento de la cultura y, específicamente, el fomento y difusión de la creación y producción teatrales, musicales, de la industria cinematográfica y audiovisual, literarias y de danza, entre otras (art. 68.1 EAAnd).

- 22 El derecho a la cultura en su vertiente prestacional tiene en la política de subvenciones y ayudas su mejor y más conocida herramienta, sin menospreciar obviamente las actuaciones públicas culturales en las que el poder público interviene sin concurso de la iniciativa privada o, en ocasiones, precisamente, por ausencia de dicha iniciativa en manifestaciones culturales deficitarias. En el primer grupo se encontrarían todas las actuaciones referidas a la formación cultural, a la realización de actividades culturales con independencia del beneficio económico, a la dotación y equipamiento de material cultural, a las líneas de concesión de préstamos reintegrables y ayudas a empresas culturales, entre otras. Este paquete de medidas forma parte ineludible del derecho a la cultura en su vertiente prestacional. La integración de esta política de ayudas y subvenciones en un plan cultural, es decir, en el marco de una política pública, permite medir la mayor o menor eficiencia de las políticas culturales, así como la evaluación de las mismas desde parámetros objetivos, alejando de este modo cualquier atisbo de sospecha de dirigismo cultural (PORRAS NADALES, Antonio y AGUDO ZAMORA, M., 2005, pág.181). La vertiente prestacional del derecho a la cultura es una obligación susceptible siempre de ser mirada con recelo. Sólo el control político que sigue a la gestión de una elaborada política pública permite descorrer el velo de vergonzante presunción (art. 138 EAAnd). Por otra parte, el derecho de acceso a la cultura tiene en la política de puesta en valor y conservación de los bienes culturales un elemento imprescindible de su garantía (así, Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía; Ley 3/1999, de 28 de abril, de modificación de la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos, o Ley 16/2003, de 22 de diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación).

**Artículo 34. Acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación**

*Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20912])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21061]).

**Artículo 34. Nuevas tecnologías de la información**

*Todos tienen derecho al acceso y uso de las nuevas tecnologías de la información, mediante los medios y recursos que la ley establezca.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23.646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24260]).

**Artículo 34. Nuevas tecnologías de la información**

*Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca.*

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 8]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 256]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 308]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

[s/c].

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 53); Valencia (art. 19.2); Aragón (art. 28.2); Baleares (art. 29); Castilla y León (art. 16.21).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.
- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 8/2005, de 9 de mayo, del Comité Andaluz de la Sociedad del Conocimiento.
- Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento

## **E. JURISPRUDENCIA**

STC 168/93, FJ 4º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «La protección de los usuarios en sus relaciones con los proveedores de contenidos y servicios en Internet», en COTINO HUESO, L. (Coord.): *Consumidores y usuarios antes las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 601-641.

CASTELLS, Manuel: «Informacionalismo, redes y sociedad red: una propuesta teórica», en CASTELLS, M. (Ed.): *La sociedad red: una visión global*, Alianza Editorial, Madrid-2006, págs. 27-75.

DÍAZ PINTOS, Guillermo: «A favor de un derecho fundamental de acceso a la red», en *Persona y Derecho*, núm. 45 (2001), págs. 323-337.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier.: *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, McGrawHill, Madrid, 1998.

MACAU NADAL, Rafael: «La base tecnológica de la sociedad del conocimiento», en TUBELLA I CASADEVALL, I., y VILASECA I REQUENA, J. (Coords.): *Sociedad del conocimiento. Cómo cambia el mundo ante nuestros ojos*, Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona, 2005, págs.1-30.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. DIMENSIÓN OBJETIVA Y CONTENIDO PRESTACIONAL DEL DERECHO. C. EL DERECHO DE ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO DERECHO DE ACCESO A INTERNET.

### A. INTRODUCCIÓN

El art. 34 EAAnd reconoce el derecho de acceso y uso de un bien indeterminado como son las nuevas tecnologías. Por otra parte, de la consagración del derecho a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, resulta la necesidad de dotar de sentido a estos calificativos, pues de otra forma el derecho operaría en el aire y quedaría al completo albur del legislador o, lo que resulta más peligroso, del juez garante de los derechos. La operación de concreción del contenido estatuario del derecho puede calificarse cuando menos de compleja habida cuenta la discrepancia que al respecto del significado de los citados adjetivos existe incluso entre los especialistas en el materia (CASTELLS, M., 2004). Cuál sea el contenido protegido por este derecho de la modernidad es uno de los retos a los que se enfrenta el exégeta de los derechos estatutarios. Tal vez por esta razón el propio art. 34 EAAnd remita al legislador ordinario para que sea él el que establezca los medios y recursos necesarios para poder ejercer el derecho, de tal forma que sea a través de los recursos y

medios legalmente dispuestos como deba definirse el propio derecho. Sin embargo, esta opción, como es lógico deducir, burla el contenido inmanente del derecho estatutariamente reconocido, pues ignora conscientemente el «contenido protegido de los mismos», como se garantiza en el art. 38 EAAnd. En todo caso, lo que sí parece claro es que el derecho de acceso y uso a las nuevas tecnologías no puede ser interpretado al margen del derecho a participar activamente en la sociedad del conocimiento. Ambos derechos forman parte de un mismo bien jurídico protegido. En este caso, la participación activa en la sociedad del conocimiento y la información es un derecho finalista de contenido más amplio que el que se deduce del uso de las nuevas tecnologías. Sin embargo, sin el reconocimiento de este último derecho de naturaleza instrumental difícilmente puede concretarse o actualizarse el contenido estatutariamente declarado del primero de los citados.

- 2 Más allá de los problemas que respecto de su contenido puedan presentarse o precisamente por esta razón, el derecho del art. 34 EAAnd, como todo derecho estatutario, debe responder a las exigencias de constitucionalidad que para estos derechos exige la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia del Estatuto de Cataluña de 2006. Concretamente, el Tribunal Constitucional ha declarado, en primer lugar, que el contenido de los derechos estatutarios debe poder exigirse exclusivamente a los poderes públicos autonómicos (principio de la vinculación exclusiva) y, en segundo lugar, que, para que la primera condición pueda ser cumplida, la Comunidad Autónoma debe tener reconocida competencias sobre la materia objeto del derecho (principio de concordancia material). De no cumplirse alguna de estas dos exigencias, el Estatuto estaría incurriendo en inconstitucionalidad (STC 31/2010, FJ 16.º). Resultando, como acabamos de decir, la segunda de las condiciones causa de la primera, el Estatuto de Autonomía para Andalucía debe indicar en concreto qué competencias y en qué grado se reserva la Comunidad Autónoma en materia de nuevas tecnologías para la sociedad del conocimiento.
- 3 De entrada, la materia tiene la dificultad añadida de responder a una muy reciente realidad, la ocurrida a partir de los años ochenta con la rápida evolución de las tecnologías de la información. Esta razón hace que dicha denominación no esté contemplada como tal en la Constitución, lo que obliga a realizar una operación encaje no exenta de problemas, si bien, en todo caso, esta nueva materia no puede dejar de tener encaje en el listado de competencias que integran los arts. 148 y 149 CE. Una pronta lectura del texto constitucional no arroja un resultado estéril en nuestras indagaciones. Las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento pueden quedar enmarcadas en la competencia exclusiva que el Estado se reserva sobre el régimen general de comunicaciones y, específicamente, sobre correos y telecomunicaciones (art. 149.1.21.ª CE). Los nuevos modos de comunicación, por más que sean la causa de una revolución de magnitudes similares a la que provocó la era de la industrialización, siguen entrando en la categoría de la comunicación, cuyo régimen general se reserva el Estado en exclusiva. Por otra parte, el Estado se reserva igualmente las «normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.27.ª CE).
- 4 Ambas materias relacionadas con la comunicación proponen dos tipos diferentes de competencias a favor del Estado. Así, mientras el régimen general de las



comunicaciones se lo reserva el Estado como competencia exclusiva, las competencias sobre los medios de comunicación social se distribuyen entre el Estado y las comunidades autónomas mediante el código binario bases-desarrollo. Una interpretación sistemática y coherente de la Constitución debe impedir que la competencia exclusiva del Estado contenida en el apartado 27 del art. 149.1 CE pueda acabar oscureciendo las competencias de desarrollo y ejecución que las comunidades autónomas pueden acoger sobre el régimen de prensa, radio y televisión. El Tribunal Constitucional resolvería la cuestión delimitando el objeto de una y otra competencia, por más que ambas estén referidas a la comunicación. Así, afirma:

En definitiva, todos estos aspectos y otros de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el art. 149.1.27.<sup>a</sup> CE a efectos de la distribución de competencias. En cambio, aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven –las ondas radioeléctricas o electromagnéticas– quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex art. 149.1.21.<sup>a</sup> CE para ordenar el dominio público radioeléctrico. Y es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria –dada la unidad intrínseca del fenómeno– la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no sólo las destinadas a emisiones de radio y televisión cualificadas por su recepción por un gran número de usuarios. Pero es indudable que siendo el contenido del título competencial del art. 149.1.21.<sup>a</sup> CE virtualmente más expansivo que el otro del art. 149.1.27.<sup>a</sup> CE, debe ser interpretado restrictivamente para evitar una exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión (STC 168/93, FJ 4.<sup>o</sup>).

Reconocer estatutariamente el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías cuando el grueso de las competencias sobre comunicación quedan en manos del Estado va a exigir una interpretación muy estricta sobre el alcance de la competencia que le resta a la Comunidad Autónoma en esta materia. De la extensión de la competencia dependerá el sentido del derecho, pues la garantía de su contenido no puede depender de que la Comunidad Autónoma tenga reconocidas las competencias que la hagan responsable ante el derecho. La jurisprudencia constitucional indica el sentido contrario como más correcto: porque se tiene competencias, se pueden reconocer derechos. Sobre el papel, sin embargo, las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de sociedad del conocimiento son lo suficientemente amplias como para reconocer al poder público andaluz como único obligado en virtud del art. 34 EAAnd. El art. 58.1.2.<sup>o</sup> EAAnd, bajo el título «Actividad económica», reconoce que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en: «Régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento, en el marco de la legislación del Estado». Una competencia que, si no se discute, puede ser suficiente para reconocer la capacidad de la Comunidad Autónoma para responder por sí misma, desde sus propias competencias, a las exigencias que dimanen del derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente de la sociedad del conocimiento. El régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y el conocimiento es, sin embargo, el régimen jurídico de la comunicación. El hecho de que no se cite en el art. 58.1.2.<sup>o</sup> EAAnd el término «comunicación» no evita que se piense en esta materia

cuando se habla del paradigma principal de la globalización. En consecuencia, lo que habrá que discutir en primer lugar es la misma constitucionalidad de la competencia estatutaria para después cuestionarnos la del derecho que de esta competencia emana. En todo caso, la competencia estatutaria queda enmarcada, como recoge el propio art. 58.1.2.º EAAnd, en el marco de la legislación del Estado. Legislación del Estado que, a su vez, tiene como presupuesto las competencias constitucionalmente reservadas al propio Estado. La mayor o menor extensión de las competencias autonómicas, una vez descontadas las competencias estatales sobre la materia, dibujarán los contornos exactos del derecho estatutario. Derecho que, como se ha dicho, sólo será constitucionalmente posible si su contenido vincula exclusivamente al poder público andaluz. Unas competencias estatales que han sido desarrolladas, y de forma exhaustiva, en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (así como en la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información).

- 6 Dejamos deliberadamente a un lado las evidentes conexiones que el derecho a acceder y hacer uso de las nuevas tecnologías tiene con el derecho «a recibir o comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.1.d CE) (Fernández Esteban, M. L., 1998, págs.75-114). A nuestro juicio, al reconocer el citado derecho fundamental el derecho de información pasivo, es decir, el derecho a recibir información, cualquier otro intento de garantizar el acceso a la información sería redundante. Desde este punto de vista nos bastará con comprobar que el derecho reconocido en el art. 34 EAAnd garantiza un tipo concreto, más activo, de acercamiento a la información. La finalidad última del precepto, el acceso y participación activa en la sociedad del conocimiento, determinan la complementariedad del derecho estatutario respecto del derecho fundamental, en la medida en que la vertiente prestacional del primero exige un plus respecto del contenido del segundo, pues conmina a la adopción de una política pública concreta sobre nuevas tecnologías que va más allá de la mera garantía del acceso a la información necesaria, para situar a los ciudadanos en las redes que conforman la nueva sociedad globalizada. Asimismo, el derecho estatutario que comentamos tiene que ver con el derecho fundamental a la educación. El acceso a las nuevas tecnologías y a la sociedad de la información y el conocimiento no se colma con la mera satisfacción de las necesidades tecnológicas, sino que exige de un proceso educativo que enseñe a hacer un uso racional y libre de las mismas (art. 21.8 EAAnd).

## B. DIMENSIÓN OBJETIVA Y CONTENIDO PRESTACIONAL DEL DERECHO

- 7 El derecho al acceso y uso de las nuevas tecnologías tiene como finalidad principal la de facilitar la incorporación de los ciudadanos a la sociedad de la información, la comunicación y el conocimiento. Hay, pues, en el derecho del art. 34 EAAnd un derecho instrumental, así como un objetivo colectivo, más que individual (MACAU, págs.1-30). Hasta cierto punto, una interpretación sistemática del Estatuto pudiera inclinarnos a pensar que estamos en presencia de un derecho que incorpora algo de obligación, pues el derecho de acceso a las nuevas tecnologías no puede interpretarse como un clásico derecho de libertad que deje en manos de los individuos la decisión sobre acceder o no a una realidad tecnológica de la que difícilmente se puede huir. Dado que la vertiente objetiva del derecho se configura en torno a la idea de la calidad de la

democracia, el acceso a los nuevos medios tecnológicos de la información y el conocimiento ha de poder ser inducido por los poderes públicos, pues entre sus mandatos se encuentra el de fomentar la calidad y participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. En este mismo sentido, de la incentivación del uso de las nuevas tecnologías dependerá el crecimiento económico de una comunidad política inserta en un mundo globalizado altamente tecnificado. Por último, las propias tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son a su vez un factor clave en el desarrollo de las economías avanzadas. Este triple objetivo del uso de las nuevas tecnologías «fuerza» la consideración del derecho como mandato para los poderes públicos. El valor del derecho al acceso y uso a las nuevas tecnologías trasciende la garantía de la libertad individual y muta en objetivo prioritario de la comunidad política.

El Estatuto de Autonomía avanza esta realidad al considerar como objetivo de la Comunidad Autónoma «la incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento» (art. 10.3.12.º EAAnd). Ídem cuando señala como principio rector de las políticas públicas «el acceso a la sociedad del conocimiento con el impulso de la formación y el fomento de la utilización de infraestructuras tecnológicas» (art. 37.1.15.º EAAnd). Y con la misma finalidad, cuando se recoge en el derecho a la educación un apartado en el que se afirma que «el sistema educativo andaluz fomentará la capacidad emprendedora de los alumnos, el multilingüismo y el uso de las nuevas tecnologías». La denominada sociedad del conocimiento, el acceso o la incorporación a esta nuevo tipo de estructura social es el objetivo último de un derecho de prestación que por sí mismo estaba resuelto con el derecho a la información garantizado en el art. 20 CE. Esta dimensión colectiva del derecho marca –por encima y más allá de su dimensión individual– el contenido o contenidos protegidos por el derecho que, en todo caso, habrán de superar la mera puesta a disposición de los usuarios de los medios tecnológicos correspondientes. La conocida como sociedad de la comunicación y la información es sobre todo una cultura que requiere de algo más que de un ordenador y de acceso a Internet.

Este es el sentido de la Ley andaluza de 8/2005, de 9 de mayo, del Comité Andaluz de la Sociedad del Conocimiento, y de lo que se afirma en su Preámbulo:

Andalucía, al igual que el resto de sociedades de su entorno, se encuentra inmersa en un proceso de transición a la nueva Sociedad del Conocimiento. Esta nueva sociedad trae consigo una transformación radical con cambios tecnológicos, económicos y sociales de gran profundidad con efectos visibles en todos los aspectos de la sociedad, desde lo económico a lo cultural. La Sociedad del Conocimiento amplía de modo exponencial las posibilidades de la ciudadanía de acceder a la información, de ganar nuevos espacios de libertad y de pensamiento porque contribuye a acercar las fuentes de información y multiplicar su pluralismo, facilita las comunicaciones y las universaliza, de modo que colabora a la construcción de sociedades más abiertas y participativas. Puede afirmarse que la capacidad de acceder a la información y de crear conocimiento es considerada hoy como la principal fuerza productiva, como un recurso estratégico de carácter absolutamente determinante. En un entorno global en el que los mercados, las empresas, los productos, las legislaciones y las sociedades en su conjunto evolucionan a gran velocidad, la innovación continua y la creación de conocimiento que la hace posible se han convertido en la principal ventaja competitiva para las sociedades, para los países y para las regiones. En este marco, la incorporación de nuestra comunidad, con plenas garantías, a la Sociedad del

Conocimiento se ha constituido en una apuesta estratégica y, al mismo tiempo, en un firme compromiso político del Gobierno andaluz<sup>1</sup>.

- 10 El propio art. 34 EAAAnd acaba señalando que será la ley la que decida los recursos y los medios que habrán de hacer efectivos los citados derechos. Este traslado de responsabilidad al legislador se encuentra en primer lugar limitado por la garantía del contenido del propio derecho (art. 38 EAAAnd) y, en segundo lugar, por el volumen y calidad de las competencias que sobre la materia nuevas tecnología tenga la Comunidad Autónoma. Respecto a estas últimas debemos interpretar, como dijimos más arriba, que si el régimen jurídico de las comunicaciones es competencia del Estado, la Comunidad Autónoma dispone de competencias compartidas en el marco de la legislación del Estado, a la vista de lo dispuesto en el art. 58.1.2.º EAAAnd. La dimensión prestacional del derecho del art. 34 EAAAnd, tanto en su versión de acceso a las nuevas tecnologías como en su vertiente de participación activa en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, cuenta con margen suficiente para hacerse efectiva dentro de los márgenes competenciales en los que debe desenvolverse el ejercicio de sus competencias por parte de la Comunidad Autónoma.
- 11 Desde una perspectiva negativa, el derecho al acceso y uso de las nuevas tecnologías debe interpretarse como la prohibición absoluta de impedir o dificultar el acceso y manejo de los modernos medios tecnológicos a los particulares por parte de los poderes públicos. Desde una perspectiva positiva, implica la obligación para esos mismos poderes de facilitar el acceso y uso de las nuevas tecnologías. Así, mientras el primero de los contenidos es, por su propia naturaleza, concreto, pues se trata de un clásico de derecho de defensa, el segundo bloque de contenidos, todos ellos de carácter prestacional, no permite una exacta concretización de cuáles sean las prestaciones que

---

<sup>1</sup> En el mismo sentido, la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento: «La Sociedad del Conocimiento es una sociedad en la que el desarrollo científico-técnico y la innovación es también motor de la economía. Es una sociedad culta e innovadora que aprecia el uso de la ciencia y la tecnología como fuente de bienestar y de resolución de muchos de sus problemas. En el marco estatutario y la evolución histórica descrita, esta Ley pretende regular el Sistema Andaluz del Conocimiento y su incidencia sobre la ciudadanía y el desarrollo económico sostenible de la Comunidad Autónoma. Como ha expresado la Unesco en su Informe, publicado con fecha 4 de noviembre de 2005, *Hacia las sociedades del conocimiento*, la producción y la divulgación de conocimiento dependen de un sistema nacional de investigación e innovación que es el resultado de la interacción de empresas, industrias, instituciones científicas de investigación y enseñanza y organismos gubernamentales. Por regla general, los sistemas que se reputan más eficaces se caracterizan por la densidad de las relaciones entre esos diversos protagonistas. Por otra parte, en los documentos Andalucía: segunda modernización (2003) y el Plan de Innovación y Modernización de Andalucía (2005) se ha establecido la necesidad de impulsar los cambios necesarios para que el sistema se rija por el principio de excelencia y se configure el marco institucional adecuado para el desarrollo de las actividades de investigación y su vinculación a las necesidades de la sociedad y la economía andaluzas, en el marco estatal y europeo. Con esta Ley se pretende configurar un Sistema Andaluz del Conocimiento que favorezca la interacción entre sus diferentes agentes, para alcanzar una eficacia que redunde en beneficio de la ciudadanía, la sociedad y el desarrollo económico. Asimismo, se pretende favorecer la mejora de la capacidad para generar conocimientos a través de investigaciones de calidad y su transferencia al sector productivo. Se pretende, en suma, reforzar y mejorar la calidad del sistema y movilizar con más eficacia los recursos disponibles para que contribuyan a la mejora tecnológica de las empresas, las Administraciones Públicas y la sociedad en su conjunto, con lo que ello significa de inversión en investigación y desarrollo y de definición de unas metas en el marco del entorno nacional y europeo, para ser más competitivos; todo ello sin menoscabo del desarrollo de las artes, las letras y el conjunto de las humanidades como elementos clave para el bienestar y la creación de riqueza en una sociedad culta, libre y desarrollada» (Preámbulo).

forman parte del contenido esencial del derecho y cuáles otras las prestaciones adicionales de configuración legal, pero asimismo amparadas por el derecho. No obstante, conviene recordar a este respecto que el propio art. 34 EAAAnd remite a los medios y recursos que la ley establezca. Ahora bien, a nuestro entender, ello no puede significar, sin sacrificio del art. 38. EAAAnd, una libertad absoluta para el legislador, por lo que, como mínimo, aquellas situaciones reales de inaccesibilidad absoluta a las nuevas tecnologías deben quedar cubiertas tras las medidas prestacionales que el legislador está obligado a aprobar (superación de la conocida como brecha digital). Por encima de este listón entendemos que el legislador es libre para concretar aquellas medidas que, atendiendo a las necesidades presupuestarias, sean adecuadas para alcanzar los objetivos marcados.

La concretización de las prestaciones mediante ley debe ser aprovechada para extraer de este instrumento normativo su capacidad de *indirizzo* político. Para alcanzar el objetivo de la presencia de la sociedad andaluza en la sociedad red de la globalización no es suficiente con la adopción dispersa de decisiones. Éstas han de encontrar acomodo en un plan previo que les dé coherencia y sentido de conjunto. La persecución de un objetivo como el indicado a través de su programación estatutaria como objetivo, principio y derecho debe conectarse con la idea de la exigencia de una concreta política pública. Éste es el sentido que a nuestro juicio debe darse al mandato contenido en el art. 38 EAAAnd cuando habla de que «el Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecidos por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos».

Un derecho de prestación de naturaleza social exige, más que un concreto contenido, la obligación de incorporar en la agenda política la materia objeto de protección con la finalidad de que se regule una política pública coherente, y que respete y tome en cuenta todos y cada uno de los objetivos y principios que el Estatuto marca como alcanzables. Debemos recordar a este respecto el mandato contenido en el art. 138 EAAAnd: «La ley regulará la organización y funcionamiento de un sistema de evaluación de las políticas públicas». Por su parte, el derecho a una buena administración, el principio de transparencia, eficiencia y efectividad de la Administración Pública tienen su lugar en estas consideraciones.

En este sentido, debemos reseñar el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en Andalucía (Plan ASI) 2007-2010, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 26 de diciembre de 2006 (*BOJA* de 5 de mayo de 2007). Dicho plan cuenta con cuatro niveles de actuación más un buen número de medidas concretas para cada nivel. Bajo la denominación de ciudadano digital, empresa digital, administración digital e infraestructuras digitales, el Plan ASI se marca como objetivo principal el «garantizar los derechos de la ciudadanía y las empresas en la nueva Sociedad de la Información y el Conocimiento, así como la adopción de las recomendaciones y medidas normativas necesarias para eliminar barreras existentes a la expansión y uso de las TIC, en todos los ámbitos» y, como uno de los objetivos concretos:

[...] conseguir y emplear los recursos necesarios que permitan al conjunto de la ciudadanía ser ciudadanos informados, emprendedores, innovadores, participativos y

conocedores de los beneficios y de las potencialidades que conlleva el uso de las Tecnologías de la Información en su vida cotidiana, tanto en su entorno personal como en el profesional, independientemente de condicionantes sociales, culturales, económicos o territoriales.

- 15 Así pues, desde ayudas concretas para la adquisición de material informático por parte de empresas y particulares, pasando por el establecimiento de una política concreta de distribución de *software* libre, hasta una política de fomento de la instalación de la banda ancha en aquellos lugares no comercialmente no competitivos, son contenidos prestacionales posibles en el marco de una política pública que quiera garantizar y fomentar el acceso a la sociedad del conocimiento. Con todo, las posibilidades son múltiples, por lo que el legislador cuenta con un amplio margen a la hora de decidir cómo concretar su política pública de acceso a las nuevas tecnologías de la forma más eficiente y eficaz. Concluir así, sin embargo, no debe dejar la impresión de que el derecho del art. 34 EAAnd responde más a las garantías de los principios rectores (art. 40 EAAnd) que a la de los derechos (art. 38 EAAnd). Como mínimo el derecho ha de garantizar en positivo la posibilidad a todos los ciudadanos de acceder a las nuevas tecnologías. A partir de ahí nace al derecho a que exista una política pública sobre tecnología de la información y la comunicación y la sociedad del conocimiento.

### C. EL DERECHO DE ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO DERECHO DE ACCESO A INTERNET

- 16 Quedaría, pues, como núcleo indisponible del derecho, la posibilidad de acceso libre y gratuito a internet. Por más que el derecho de acceso a las tecnologías de la comunicación esté enfocado a incorporar a la sociedad andaluza a una o varias redes de la sociedad global –lo que implica incluso, como hemos visto, una nueva forma de educación, de economía, etc.–, la pretensión más factible y concreta que se desprende del derecho del art. 34 EAAnd es la de exigir a los poderes públicos que universalicen el acceso a las redes de la información tecnológica (DÍAZ PINTOS, G., 2001). El derecho a internet ocupa un lugar central dada su naturaleza mediata necesaria para hacer eficaz el derecho de acceso la sociedad de la información o el conocimiento (DÍAZ REVORIO, F. J., 2009). Ocurre, sin embargo, que al tener el Estado reservada la competencia exclusiva del régimen de las telecomunicaciones, la concreta exigencia a los poderes públicos andaluces en virtud del art. 34 EAAnd no puede ignorar el régimen legal estatalmente regulado sobre esta materia.
- 17 Un régimen legal que parte de la consideración del acceso a internet como servicio de interés general y no como servicio público, lo que conlleva que se trate de un servicio liberalizado y sometido, por lo tanto, a las leyes del libre mercado (art. 2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones). La intervención del poder público en el sector (explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas), salvo las excepciones citadas en el art. 4 de la Ley General de Telecomunicaciones, no podrá alterar las reglas del mercado libre, por lo que su intervención no podrá generar distorsiones en las condiciones competitivas que rigen dicho mercado. Las posibilidades del poder público quedan así reducidas a garantizar el servicio universal de la prestación dando cobertura, por ejemplo, a aquellas zonas no cubiertas adecuadamente por la oferta privada (esta prestación de servicio público se ejerce de conformidad con la distribución constitucional de competencias). De ahí resulta que es el Estado, *ex art.* 23

de la Ley General de Telecomunicaciones, el que tiene la competencia de designar al operador u operadores que deben garantizar la prestación del servicio universal de manera que quede cubierta la totalidad del territorio). Asimismo, cuando la Administración procede a reservar una parte de la red para servicios de autoprestación. Ello no impide que las administraciones públicas puedan, pese a todo, prestar el servicio por sí mismas y que éste sea de naturaleza abierta y universal. Sin embargo, la entrada del poder público debe sujetarse a las reglas del mercado y debe prestarse, como regla general, de conformidad con el principio del inversor privado. Además, cuando los servicios se prestan de conformidad con el principio de inversor privado, la administración pública operadora estará sujeta a las siguientes condiciones: separación de cuentas, respeto a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, además de a las condiciones especiales que, en su caso, imponga la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Por último, y como excepción a la regla general y específica, el mercado de las telecomunicaciones admite la prestación del servicio de acceso a internet en bibliotecas y centros educativos. La única limitación es que del servicio únicamente disfruten aquellos usuarios que tengan una relación con un centro que dispense el servicio (APARICIO, J. P., 2008). Dichos centros habrán de registrarse como prestadores de servicios de telecomunicaciones como garantía del cumplimiento de varias obligaciones relacionadas con los derechos de los usuarios, entre otras, las relativas al secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Para el desarrollo de este apartado ha sido de gran utilidad las «Conclusiones de la consulta pública sobre determinadas propuestas regulatorias en relación con la explotación de redes públicas inalámbricas basadas en la utilización de dominio público radioeléctrico a través de bandas de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas», elaboradas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 25 de marzo de 2010. Asimismo, la Resolución de 18 de junio de 2010, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Circular 1/2010, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, *BOE* de 9 de agosto de 2010, núm. 192, págs. 69711-69722.

**Artículo 35. Orientación sexual**

*Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20913])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21061]).

**Artículo 35. Orientación sexual**

*Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual. Los poderes públicos impulsarán políticas para favorecer su ejercicio.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23.646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24260]).

**Artículo 35. Orientación sexual**

*Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho.*

**II. CORTES GENERALES****1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 8]).



b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 256]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 308]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## **2. Senado**

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## **B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981**

[s/c].

## **C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Cataluña (art. 40.4 y 40.8); Aragón [art. 24 d)]; Extremadura (art. 7.13); Baleares (art. 17.3); Castilla y León (art. 14.1).

## **D. DESARROLLO NORMATIVO**

- Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 41/2006, FJ 3.º  
STC 247/2007, FJ 15.º  
STC 31/2010, FJ 16.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles: «Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación», en *Mujeres, derechos y ciudadanías* (MESTRE I MESTRE, R., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 45-71.

GIDDENS, Anthony: *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Stanford University Press, Stanford, 1992.

PATEMAN, Carole: *The Sexual Contract*, Polity Press, Cambridge, 1988.

REY MARTÍNEZ, Fernando: «Homosexualidad y Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73 (2005), págs. 111-156.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: «Matrimonio, género y familia en la Constitución española. Trascendiendo la familia nuclear», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91 (2011), págs. 69-102.

—: «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149 (2010), págs. 87-122.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «España: tres años de matrimonio homosexual», en LEAL ADORNA, M., y LEÓN BENÍTEZ, M. R. (Coords.): *La enseñanza interdisciplinar del derecho matrimonial*, Mergablum, Sevilla, 2008, págs. 25-40.

WITTIG, Monique: «On the Social Contract», en WITTIG, M.: *The Straight Mind and Others Essays*, Beacon Press, Boston Massachusetts, 1992, págs. 33-45.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO: DISCRIMINACIÓN E INTEGRACIÓN SOCIAL. C. EL ART. 35.1 EAAND Y EL RESPETO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CUESTIÓN DE GÉNERO. D. EL ART. 35.2: MÁS ALLÁ DEL GÉNERO.

### A. INTRODUCCIÓN

El derecho al respeto de la orientación sexual es, como el derecho a la identidad de género, fruto de la distinción entre el sexo como dato biológico y el género como construcción cultural. Ciertamente, sexo y género son conceptos difíciles de disociar, unidos por una relación compleja que mal puede reducirse a la que existe entre naturaleza y cultura. Pues si el género se entiende como una elaboración cultural del sexo, éste es por su parte algo más que un hecho natural preexistente al género. Antes bien, como criterio estructurante de la dualidad humana, el sexo biológico es a su vez producto de una determinada construcción del género (BUTLER, J., 1999, pág. 11). Con todo, y pese a la profunda imbricación de ambos conceptos, la conceptualización del género como algo distinto del sexo se nos ofrece como herramienta crítica para el análisis de mujeres y varones: de las relaciones entre unas y otros, y de la construcción de nuestra respectiva identidad como seres sexuados. Se nos ofrece así como herramienta para analizar la orientación sexual y la identidad culturalmente adscrita al sexo como criterios de ordenación social. <sup>1</sup>

El discurso del género nos permite desarrollar un discurso crítico-reivindicativo en torno a la orientación sexual que pone en cuestión la imposición de la heterosexualidad como norma. Y nos permite desarrollar un discurso crítico-reivindicativo en torno a la cuestión, conexas, de la identidad de género. En efecto, y pese a los riesgos esencializantes de todo discurso identitario, hablar de identidad de género nos permite tematizar nuestra identidad como algo distinto de, e incluso en conflicto con, la que culturalmente se asocia a nuestro sexo biológico. <sup>2</sup>

Durante la segunda mitad del siglo XX, la visibilidad de los colectivos homosexuales y transexuales ha ido creciendo en paralelo a la sensibilidad social hacia sus reivindicaciones, dirigidas a terminar con su situación de discriminación como grupo social<sup>1</sup>. En línea con esta evolución, es hoy indiscutible que, aunque no aparecen mencionadas en el art. 14 CE, la orientación sexual y la identidad de género se encuentran comprendidas en la lista abierta de motivos sospechosos de discriminación recogida en este artículo. Al principio de igualdad e interdicción de discriminación del art. 14 CE se une el art. 9.2 CE, que impone la obligación constitucional de los poderes públicos de promover políticas de integración de las personas homosexuales y transexuales, políticas que acaben con las desventajas estructurales que les afectan <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Véase, por todos, REY MARTÍNEZ, F., 2005, de cuyas conclusiones sobre la constitucionalidad de los matrimonios del mismo sexo discrepo (véase RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2011, págs. 73-86).

como colectivo social y les impiden disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones con las personas heterosexuales que se identifican con su sexo biológico. Todo ello, a la luz del art. 9.2 CE. La combinación de los arts. 9.2 y 14 CE obliga, pues, a contemplar el respeto de la orientación sexual y la identidad de género tanto desde una perspectiva individual, cifrándolo en la obligación de no discriminar, como desde una perspectiva intergrupala (BARRÈRE UNZUETA, M. A., 2008, pág. 45), que se traduce en la obligación positiva de los poderes públicos de promover las condiciones para que todos los colectivos sociales disfruten de sus derechos en condiciones de igualdad.

- 4 El art. 35 EAAnd se enfrenta a la orientación sexual y a la identidad de género desde este doble enfoque. Su primer párrafo reconoce un derecho individual al respeto de ambas, en conexión con la identidad de género, mientras su segundo párrafo recoge la obligación de los poderes públicos de promover políticas que garanticen el disfrute de ese derecho, afrontando la discriminación por ambos motivos desde una perspectiva intergrupala. El art. 35.1 EAAnd reproduce así el mandato de no discriminación del art. 14 CE (v. también art. 17.3 EAIB; art. 14.1 EAEL). Su aportación a éste consiste en explicitar lo implícito, incorporando expresamente la orientación sexual y la identidad de género al principio de igualdad y al derecho individual a su disfrute, en conectar orientación sexual e identidad de género, y en encarar el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género en positivo, desde la perspectiva de la obligación de los poderes públicos de promover su disfrute. Podemos, pues, afirmar, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en la medida en que reproduce un derecho fundamental, el art. 35.1 EAAnd reconoce un derecho estatutario stricto sensu, un derecho subjetivo directamente reclamable por sus titulares (STC 247/2007, FJ 15.º).
- 5 El art. 35.2 EAAnd, por su parte, se hace eco del art. 9.2 CE, en su aplicación a los poderes públicos andaluces, en materia de orientación sexual e identidad de género. Más que reconocer un derecho en sentido estricto y, como tal, directamente reclamable, impone a los poderes públicos autonómicos la obligación de posibilitar el ejercicio del derecho a la igualdad reconocido en el art. 35.1 EAAnd mediante normas y políticas públicas que garanticen el respeto de la orientación sexual y la identidad de género de cada cual, tanto a nivel individual como grupal o sistémico.

## B. ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO: DISCRIMINACIÓN E INTEGRACIÓN SOCIAL

- 6 Nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado la interdicción constitucional de discriminación por razón de identidad de género y, sobre todo, de orientación sexual. Esta ha sido objeto tanto de aplicación directa (STC 41/2006) como de desarrollo legislativo (v. las reformas en materia de discriminación y acoso laboral introducidas por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, DD.AA. 11.ª1, 11.ª13 y 14.ª). Con todo, en la lucha contra este motivo de discriminación, las medidas de mayor calado son las destinadas, no a evitar instancias individuales de discriminación, sino a integrar orientaciones sexuales e identidades de género diversas dentro de la normalidad jurídica. A ello ha contribuido la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas. En su Disposición Adicional 1.ª, esta ley modifica además el art. 7 de la

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con el fin de permitir que se reconozca la maternidad de un bebé nacido mediante técnicas de reproducción asistida a la mujer casada con la madre gestante –y no separada de ella legalmente o de hecho–.

Y a ello ha contribuido sobre todo la Ley 13/2005, de 1 de julio, que otorga validez a <sup>7</sup> las uniones matrimoniales de dos personas con independencia del sexo de los cónyuges, convirtiendo el matrimonio en una opción para las parejas del mismo sexo. Esta ley supuso para España ser el tercer país europeo en permitir los matrimonios del mismo sexo, después de los Países Bajos (2001) y Bélgica (2003), y seguido hasta el momento por Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010) e Islandia (2010). El derecho al matrimonio abre a las parejas del mismo sexo las puertas de una institución social básica, uno de los pilares sobre los que descansa la organización del Estado, otorgándoles el acceso a la protección jurídica y al respeto social de que esta institución es objeto, en condiciones de igualdad con las parejas de sexo distinto. Considerando la importancia jurídica y social del matrimonio, su apertura a las parejas del mismo sexo puede defenderse como una medida, no sólo constitucionalmente posible, sino constitucionalmente exigible, el resultado de la interpretación sistemática y teleológica de los arts. 9.2, 14 y 32 CE (RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2005, pág. 19 y ss)<sup>2</sup>.

Ya antes de la promulgación de esta ley, la situación de las parejas del mismo sexo <sup>8</sup> fue objeto de atención de leyes autonómicas que regularon la situación de las uniones o parejas de hecho. En su mayor parte, estas leyes, que en la actualidad son ya trece, equiparan en derechos, de forma tácita o explícita, a las parejas del mismo sexo y a las de sexo distinto, una equiparación que, en algunas comunidades autónomas con derechos civiles, forales o especiales, se adentra en el Derecho de familia en materia de adopción<sup>3</sup> y/o de régimen sucesorio<sup>4</sup>. Así lo hizo la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, dentro del ámbito de las competencias asumidas por el art. 13.20 EAAAnd de 1981 en materia de asistencia social (art. 1), especificando que esa igualdad de derechos prevalece en la evaluación de la idoneidad de quienes soliciten la adopción o el acogimiento de una persona menor en Andalucía (art. 9). En esta línea, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales en la legislación autonómica y estatal debe entenderse aplicable por igual a las parejas del mismo sexo y de distinto sexo (v. art. 17 *supra*).

<sup>2</sup> En sentido contrario, ATC 22/1994, de 11 de julio. Véase también la Sentencia 138/2010, de 14 de abril, de la Corte Constitucional italiana. Por su parte, el Tribunal Constitucional portugués ha declarado la constitucionalidad de los matrimonios del mismo sexo (Acuerdo 121/2010, de 8 de abril). El 25 de octubre de 2005, el TC admitió a trámite un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, interpuesto por 50 diputados del Partido Popular el 28 de septiembre de 2005, que en el momento de escribir estas líneas está aún pendiente de resolución. Para un repaso de la bibliografía surgida a raíz de dicha reforma legislativa, VIVAS TESÓN, I., 2008, págs. 25-40.

<sup>3</sup> Véase la Ley catalana 3/2005, de 8 de abril, que modifica el Código de Familia (Art. 1) y deroga el art. 6 de la Ley 10/1998 (DD); Ley Foral 6/2000 (arts. 1 y 8); Ley vasca 2/2003 (arts. 1, 7, y 8). V., sin embargo, el art. 10 de la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.

<sup>4</sup> Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables en Navarra (art. 9); Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (art. 9); Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Unión de Parejas Estables (arts. 34-35) y 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, y de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela (art. 12).

### C. EL ART. 35.1 EAAND Y EL RESPETO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CUESTIÓN DE GÉNERO

- 9 El art. 35.1 EAAnd ha venido a sumarse a este marco normativo. Eliminar la discriminación por razón de identidad sexual es claramente una cuestión de género. Pero también lo es eliminar la discriminación por razón de orientación sexual. De ello toma conciencia el art. 35.1 EAAnd al referirse a la orientación sexual y a la identidad de género como cuestiones, si no equivalentes, sí relacionadas. Eliminar la discriminación por orientación sexual tiene que ver con la deconstrucción del género como elemento estructurante de la sociedad y del Estado. Ello es especialmente elocuente en el terreno de la regulación jurídica de la vida de pareja. Y es que el desarrollo de nuestras sociedades modernas ha descansado en la definición de roles de género marcadamente heterosexuales, estereotipados como identidades masculinas o femeninas, articulados y consolidados a través de la unión, preferiblemente matrimonial, entre un hombre y una mujer. Nos encontramos ante el pacto (hetero)sexual de fraternidad que complementa el pacto social como origen mítico del Estado (PATEMAN, C., 1988; WITTIG, M., 1992, págs. 33-45). Es este pacto entre los sexos el que permite conceptualizar a los varones como individuos independientes, atribuyendo en exclusiva a las mujeres la gestión de las tareas relacionadas con la dependencia humana (RODRÍGUEZ RUIZ, B., 2010, pág. 95 y ss). Y es la institución matrimonial la que articula esa distribución de tareas a nivel interpersonal y la estructura a nivel social.
- 10 En la medida en que trascienden los roles de género, las parejas del mismo sexo ponen en cuestión el pacto entre los sexos y su construcción del género. Abrirles las puertas de la institución matrimonial pone a su vez en cuestión el papel de ésta en dicha construcción. Y es que la lógica matrimonial convencional no es extensible sin más a las parejas del mismo sexo. Antes bien, son éstas las que con su lógica igualitaria pueden precipitar un cambio en la concepción del matrimonio. Todo ello, en un momento en el que las relaciones de las parejas de sexo distinto evolucionan hacia la superación de los roles de género, en un momento de tránsito del matrimonio convencional, con su lógica interna de división de roles, hacia lo que Anthony Giddens llama la «relación pura» (GIDDENS, A., 1992, pág. 2). La equiparación de los derechos de las parejas de distinto y del mismo sexo, en última instancia la extensión del matrimonio a estas últimas, viene a acelerar y a consolidar este tránsito.

### D. EL ART. 35.2 EAAND: MÁS ALLÁ DEL GÉNERO

- 11 Más allá del género y su definición, la obligación de los poderes públicos de promover políticas de igualdad en materia de orientación sexual e identidad de género pone el acento en la dimensión colectiva de la discriminación. Nos recuerda que nuestra sociedad está configurada a imagen y semejanza de un determinado grupo social (en lo que aquí nos interesa, varones que se identifican con el ideal moderno de masculinidad heterosexual) cuyo poder reside en su capacidad de definir los parámetros de la normalidad social y jurídica, bajo el manto de paradigmas de igualdad pretendidamente neutros.
- 12 Políticas de igualdad orientadas a evitar instancias individuales de discriminación no bastan para deconstruir esa pretendida neutralidad. Es preciso asumir además la igualdad

material como proyecto desde la perspectiva de los colectivos sociales (art. 9.2 CE), obligando a los poderes públicos a cuestionar las premisas ideológicas de nuestras instituciones, incluida la asunción de la heterosexualidad como norma. El art. 35.2 EAAAnd incorpora el espíritu del art. 9.2 CE. Obligar a los poderes públicos a impulsar políticas de igualdad en materia de orientación sexual e identidad de género implica obligarlos a promover la posición social de colectivos no heterosexuales y/o que no se identifican con su sexo biológico. Todo lo cual conlleva cuestionar no sólo la heterosexualidad, sino la construcción moderna del género masculino como parámetro de normalidad y, por tanto, de privilegio social.

### Artículo 36. Deberes

*1. En el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de los deberes constitucionalmente establecidos, el Estatuto establece y la ley desarrollará la obligación de todas las personas de:*

*a) Contribuir al sostenimiento del gasto público en función de sus ingresos.*

*b) Conservar el medio ambiente.*

*c) Colaborar en las situaciones de emergencia.*

*d) Cumplir las obligaciones derivadas de la participación de los ciudadanos en la Administración electoral, respetando lo establecido en el régimen electoral general.*

*e) Hacer un uso responsable y solidario de las prestaciones y servicios públicos y colaborar en su buen funcionamiento, manteniendo el debido respeto a las normas establecidas en cada caso, así como a los demás usuarios y al personal encargado de prestarlos.*

*f) Cuidar y proteger el patrimonio público, especialmente el de carácter histórico-artístico y natural.*

*g) Contribuir a la educación de los hijos, especialmente en la enseñanza obligatoria.*

*2. Las empresas que desarrollen su actividad en Andalucía se ajustarán a los principios de respeto y conservación del medio ambiente establecidos en el Título VII. La Administración andaluza establecerá los correspondientes mecanismos de inspección y sanción.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20913])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

*a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21061]).*

#### **Artículo 36. Deberes**

*1. Sin perjuicio de los deberes constitucionalmente establecidos, el Estatuto establece y la ley desarrollará la obligación de todos de:*

*a) Contribuir al sostenimiento del gasto público en función de sus ingresos.*

*b) Conservar el medio ambiente.*

*c) Colaborar en las situaciones de emergencia.*



*d) Cumplir las obligaciones derivadas de la participación de los ciudadanos en la Administración electoral.*

*e) Hacer un uso responsable y solidario de las prestaciones y servicios públicos y colaborar en su buen funcionamiento, manteniendo el debido respeto a las normas establecidas en cada caso, así como a los demás usuarios y al personal encargado de prestarlos.*

*f) Cuidar y proteger el patrimonio público, especialmente el de carácter histórico-artístico y natural.*

*g) Contribuir a la educación de los hijos, especialmente en la enseñanza obligatoria.*

*2. Las empresas que desarrollen su actividad en Andalucía se ajustarán a los principios de respeto y conservación del medio ambiente establecidos en el Título VII. La Administración andaluza establecerá los correspondientes mecanismos de inspección y sanción.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23.646 [pág. 23668]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (*BOPA* núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23.898 [pág. 23904]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (*BOPA* núm. 430, de 4 de mayo de 2006 pág. 24.254 [pág. 24260]).

#### **Artículo 36. Deberes**

*1. Sin perjuicio de los deberes constitucionalmente establecidos, el Estatuto establece y la ley desarrollará la obligación de todos de:*

*a) Contribuir al sostenimiento del gasto público en función de sus ingresos.*

*b) Conservar el medio ambiente.*

*c) Colaborar en las situaciones de emergencia.*

*d) Cumplir las obligaciones derivadas de la participación de los ciudadanos en la Administración electoral.*

*e) Hacer un uso responsable y solidario de las prestaciones y servicios públicos y colaborar en su buen funcionamiento, manteniendo el debido respeto a las normas establecidas en cada caso, así como a los demás usuarios y al personal encargado de prestarlos.*

*f) Cuidar y proteger el patrimonio público, especialmente el de carácter histórico-artístico y natural.*

*g) Contribuir a la educación de los hijos, especialmente en la enseñanza obligatoria.*

*2. Las empresas que desarrollen su actividad en Andalucía se ajustarán a los principios de respeto y conservación del medio ambiente establecidos en el Título VII. La Administración andaluza establecerá los correspondientes mecanismos de inspección y sanción.*

## **II. CORTES GENERALES**

### **1. Congreso de los Diputados**

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 8]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 204]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 256]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 308]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

## 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 96]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 11*

*1. Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los andaluces son los establecidos en la Constitución.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 9); Cataluña (arts. 21, 22 y 27); Galicia (art. 4); Principado de Asturias (art. 9); Cantabria (art. 5); La Rioja (art. 7); Murcia (art. 9); Comunidad Valenciana (art. 8); Aragón (arts. 13 y 18); Castilla-La Mancha (art. 4); Canarias (art. 5); Comunidad Foral de Navarra (art. 6); Extremadura (art. 6.2); Baleares (art. 13); Madrid, (art. 7); Castilla y León (art. 15).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental.
- Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía.
- Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.
- Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía.
- Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía.

## E. JURISPRUDENCIA

STC 77/1985, FF.JJ. 7.º y 8.º

STC 102/1995, FJ 4.º

STC 46/2000, FF.JJ. 4.º y 6.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: «Los deberes en la Constitución española: esencialidad y problemática», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23 (2009), págs. 271-291.

DE ASÍS ROIG, Rafael: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PALOMBELLA, Gianluigi: «De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes», en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 17 (2007), págs. 115-169.

PAUNER CHULVI, Cristina: *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: «Los deberes fundamentales», en *Doxa: Revista de Filosofía del Derecho*, núm. 4 (1987), págs. 329-342.

RUBIO LLORENTE, Francisco: «Los deberes constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62 (2001), págs. 11-56.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL CONCEPTO DE DEBER. C. CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DEBERES ESTATUTARIOS. D. LA CONCRECIÓN NORMATIVA DE LOS DEBERES ESTATUTARIOS.

### A. INTRODUCCIÓN

La previsión en el nuevo EAAnd de un Título dedicado al reconocimiento de un catálogo de derechos y deberes, con sus respectivas garantías, conforma una suerte de parte dogmática que se une a la parte institucional u organizativa. No obstante, la denominación tanto del Título I –«Derechos sociales, deberes y políticas públicas»– como del Capítulo II –«Derechos y deberes»– resulta cuando menos impropia o engañosa, dado que la aparente consagración en pie de igualdad de ambas categorías no se corresponde con la atención que, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, el estatuyente presta a los derechos en comparación con los deberes.

- 2 Esto es así porque los derechos son portadores de unas expectativas y unos intereses teóricamente beneficiosos para la ciudadanía, mientras que los deberes no dejan de ser, *prima facie*, elementos limitativos de la libertad personal. Esta postura desconoce, sin embargo, que el cumplimiento de los deberes redunde en beneficio de la sociedad y que el disfrute de los derechos satisface un interés particular. Sea como fuere, el hecho es que la ciudadanía no se agota con un conjunto de derechos, sino que su efectiva vinculación a la comunidad política está conformada por tres elementos: responsabilidad (deberes), identidad y participación<sup>1</sup>.

## B. EL CONCEPTO DE DEBER

- 3 La concreción del concepto de deber constituye, sin duda, una tarea previa y necesaria al análisis de su contenido. Esta tarea ha sido llevada a cabo en nuestro país por la doctrina filosófica<sup>2</sup>; de aquí que partamos en nuestro comentario de esta perspectiva, sin perder por ello el enfoque constitucional.
- 4 Como es sabido, los sistemas jurídico-políticos contemporáneos se han forjado en torno a dos importantes elementos: el poder estatal (esfera de autoridad) y los derechos de los ciudadanos (esfera de libertad). La tensión dialéctica entre ambos explica que cuantos más derechos y libertades han ido adquiriendo los ciudadanos, más se han visto sometidos, igualmente, a determinados deberes, cuyo cumplimiento no sólo redunde en favor de la satisfacción de los derechos por parte de otros ciudadanos (eficacia horizontal), sino también en un mejor funcionamiento del Estado mismo (eficacia vertical).
- 5 Los derechos serían, pues, la razón de que se puedan imponer ciertos deberes correlativos. En cualquier caso, no faltan argumentos para sostener una visión alternativa, como la de PALOMBELLA, G., pág. 127, según la cual los deberes, además de ser instrumentales, se justifican intrínsecamente, toda vez que su cumplimiento afecta al sujeto obligado, pero también repercute, como se ha dicho, en el bienestar común<sup>3</sup>. Máxime cuando dichos deberes pretenden consolidar una ciudadanía activa y, sobre todo, responsablemente solidaria.

---

<sup>1</sup> La posible vulneración de la igualdad territorial que la consagración estatutaria de un catálogo de derechos y deberes podría suponer, vendría enervada, entre otras, por la STC 37/1987, en la que se afirma que la CE «no exige un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales». En consonancia con estos argumentos, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, de marzo de 2006, sostenía en relación con el art. 36 de la Proposición de reforma del EAAAnd lo siguiente: «Cabe señalar la relevancia de los deberes que se establecen como novedad frente a la regulación estatutaria vigente y el acierto que supone plasmar a este nivel prescripciones capitales para el desenvolvimiento de la convivencia democrática, que en todo caso son conformes a la Constitución Española».

<sup>2</sup> Véanse PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y DE ASÍS ROIG, R..

<sup>3</sup> La Constitución francesa del año III (1795) ponía de relieve esta idea en sus arts. 1 y 2, en los que se decía, básicamente, que el deber de servir a la sociedad, vivir sometido a las leyes y respetar a sus órganos, mantener y respetar las propiedades y defender la patria, la libertad y la igualdad es lo que contribuye al mantenimiento de la propia sociedad. Se trataba de una serie de principios éticos que debían caracterizar al buen ciudadano. Con anterioridad, en 1791 los Comités para la Defensa de la República elaboraron un «Proyecto de Declaración de los Deberes del Ciudadano» en el que se hacía referencia a los

Aparte de la relación entre derechos y deberes, convendría distinguir, según RUBIO LLORENTE, F., pág. 17, entre «deberes morales» (autónomos) y «deberes jurídicos» (heterónomos); es decir, entre deberes entendidos como una categoría moral potencialmente limitadora y obligaciones jurídicas exigibles en el marco de una relación jurídica, en la que un sujeto legitimado podrá reclamar su cumplimiento en ejercicio de un derecho. <sup>6</sup>

Siguiendo a PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., pág. 336, un deber estatutario es un mandato dirigido genéricamente a los ciudadanos, relativo «a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales». <sup>7</sup>

### C. CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DEBERES ESTATUTARIOS

La previsión de una serie de deberes estatutarios representa un intento de potenciar y fomentar una ciudadanía responsable, activa y comprometida, tal y como se establece en el art. 11 EAAnd: «Los poderes públicos de Andalucía promoverán el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena, fundamentada en los valores constitucionales y en los principios y objetivos establecidos en este Estatuto como señas de identidad propias de la Comunidad Autónoma». <sup>8</sup>

Conforme a este precepto, los deberes de los ciudadanos deben ser puestos en conexión con lo previsto en el art. 10.3 EAAnd, en virtud del cual la actuación de los poderes públicos se dirigirá a la consecución, entre otros, de los siguientes objetivos: a) La mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, el aprovechamiento y la potenciación de los recursos naturales y económicos bajo el principio de sostenibilidad, entronca con el deber de conservar el medio ambiente; b) La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa, conecta claramente con el deber de cumplir las obligaciones derivadas de la participación política ciudadana; y c) El afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico, antropológico y lingüístico, se relaciona con el deber de conservar el patrimonio público. <sup>9</sup>

En cuanto a la interrelación entre los deberes y los principios rectores, el art. 37.1 EAAnd afirma que los poderes públicos orientarán sus políticas a la aplicación efectiva de los siguientes principios, entre los que destacamos a nuestro objeto: a) La prestación de unos servicios públicos de calidad supone para los ciudadanos un uso responsable y solidario de los mismos; b) La conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía conlleva el deber de cuidar y proteger el patrimonio <sup>10</sup>

---

deberes apuntados. Más recientemente, el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, señala: «El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad».

público, especialmente el de carácter artístico y natural; c) El respeto al medio ambiente, los recursos naturales y la calidad del agua y del aire se corresponde con el deber de los ciudadanos de conservar el medio ambiente; y d) La atención y protección civil ante situaciones de emergencia, catástrofe o calamidad pública, implica el deber de los ciudadanos de colaborar en situaciones de emergencia.

- 11 La técnica empleada por el estatuyente, de concentrar en un precepto el catálogo de deberes, ahuyenta la incertidumbre a la que da pie la propia Constitución, dado que la determinación de cuáles son los deberes constitucionales obliga a revisar artículos concretos para deducirlos<sup>4</sup>. Pero la nota más destacada de los deberes consagrados en el nuevo EAAAnd es que conllevan la realización de prestaciones personales concretas (deberes positivos generales).
- 12 *Contribuir al sostenimiento del gasto público en función de sus ingresos.* La sujeción al ordenamiento jurídico-constitucional, como reza el art. 9.1 CE, unida a la consagración, en el art. 31 CE, del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos<sup>5</sup>, hace que la proclamación de este deber a nivel estatuario carezca de sentido, más allá de fomentar el sostenimiento de las inversiones derivadas del Estado social en el ámbito autonómico<sup>6</sup>.
- 13 La imposición de deberes tributarios vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares, tal y como ha señalado ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., pág. 284. A los primeros, porque tendrán que lograr unos objetivos colectivos atendiendo a los fines diseñados; y a los segundos, porque deberán solidarizarse con dichos poderes de cara a lograr la mayor cuota de bienestar posible. En el ámbito del Estado social, los deberes tributarios persiguen, pues, promover la igualdad real y la dignidad humana, evitando los desequilibrios que afectan al desarrollo personal y contribuyendo a reforzar el valor de la solidaridad.
- 14 *Conservar el medio ambiente.* Este deber posee tal grado de indeterminación, en cuanto al objeto sobre el que recae, que parece dudosa incluso su calificación autónoma como tal. A esto hay que unir que la concreción de las obligaciones jurídicas dimanantes de dicho deber quedaría en manos del legislador, lo cual tiene la ventaja de permitir una adaptación y actualización del objeto a las necesidades de cada momento<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Sobre esta problemática ha reflexionado RUBIO LLORENTE, F., págs. 14 y 15.

<sup>5</sup> El contenido de este deber aparece previsto en todos los textos constitucionales de nuestra historia constitucional. Así, puede verse: art. 8 de la Constitución de 1812, art. 34 del Estatuto Real de 1834, art. 6 de la Constitución de 1837, art. 6 de la Constitución de 1845, art. 28 de la Constitución de 1869, art. 3 de la Constitución de 1876 y art. 44 de la Constitución de 1931. Para tener una panorámica visión de la consagración constitucional de este deber consúltese a PAUNER CHULVI, Cristina.

<sup>6</sup> El EAAAnd, influido claramente por el tenor literal de la CE, utiliza también el verbo contribuir, cuando, como es sabido, en la actualidad la obligación del contribuyente carece de toda vinculación jurídica con el importe de la inversión pública a financiar, en la medida en que la obligación tributaria se sustenta en la capacidad económica del sujeto pasivo.

<sup>7</sup> En la STC 102/1995 puede leerse: «En la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo, y más de una vez su extinción, desaparición o consunción».

A diferencia de otros derechos sociales, en los que los ciudadanos aparecen como beneficiarios de una actividad pública, en el caso del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y saludable, el sujeto titular del mismo es, a su vez, destinatario de una serie de obligaciones cuyo fin es la no degradación de los bienes jurídicos protegidos. Es decir, los particulares no sólo están obligados a abstenerse de realizar cualquier conducta lesiva hacia el entorno, sino que deben llevar a cabo acciones que contribuyan a su preservación, tal y como se encarga de recordar el art. 28.1 EAAnd, que habla de «hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras».

En el deber de proteger y conservar el medio ambiente se aboga por una ciudadanía ecológica activa<sup>8</sup>, cuyos principales beneficiarios van a ser las generaciones futuras (arts. 28.1 y 195 EAAnd) o el resto de especies, lo cual rompe, de alguna forma, con la clásica visión contractual de la ciudadanía, es decir, con la reciprocidad entre derechos y obligaciones.

*Colaborar en las situaciones de emergencia.* Este deber estatutario se encuentra íntimamente relacionado con el art. 30.4 CE, en el que se prevé la posibilidad de establecer mediante ley el cumplimiento por los ciudadanos de una serie de deberes en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. A diferencia del enunciado constitucional, el art. 36 EAAnd extiende a todas las personas el cumplimiento del deber de colaborar en situaciones de emergencia, sean aquéllas españolas, andaluzas o extranjeras, en la línea seguida por la legislación de desarrollo constitucional<sup>9</sup>.

*Cumplir las obligaciones derivadas de la participación de los ciudadanos en la Administración electoral,* respetando lo establecido en el régimen electoral general. Si la nota predominante de los deberes estatutarios es estimular el civismo ciudadano, en el caso que nos ocupa esta característica se acentúa, aún más si cabe, habida cuenta de que no existe un deber, ni mucho menos una obligación, de votar en las elecciones que se convoquen. A no ser que se entienda que los ciudadanos tienen el deber de colaborar con la «administración electoral», esto es, de cumplir las obligaciones que pudieran derivarse de los procesos electorales (composición de mesas electorales, presentación de candidaturas, cómputo de votos, etcétera).

*Hacer un uso responsable y solidario de las prestaciones y servicios públicos y colaborar en su buen funcionamiento,* manteniendo el debido respeto a las normas establecidas en cada caso, así como a los demás usuarios y al personal encargado de prestarlos. La inclusión estatutaria de este deber conecta con el derecho a una buena administración consagrado en el art. 31 EAAnd, el cual ha sido desarrollado, a su vez, como principio por el art. 5 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>8</sup> Aun cuando hablemos de ciudadanos, lo cierto es que el art. 36 impone una serie de deberes a todas las personas, tanto físicas como jurídicas, que desarrollen su actividad en Andalucía, ya tengan vecindad administrativa en Andalucía o no.

<sup>9</sup> Nos referimos a la Ley 2/1985, de Protección Civil, cuyo art. 4.1 impone, con carácter general, una serie de derechos y obligaciones a todos los ciudadanos, aunque más adelante matiza que su cumplimiento corresponderá igualmente a «todos los residentes en territorio nacional» (art. 4.4). Sobre este aspecto véase a RUBIO LLORENTE, F., pág. 45.

- 20 El fundamento de este deber estatutario es lograr una organización administrativa eficaz y un proceso administrativo de toma de decisiones eficiente. La consolidación del denominado Estado de las autonomías, unida a la correlativa profundización del Estado de bienestar, justifica sobradamente la introducción de una serie de medidas tendentes a paliar el déficit de legitimación que tradicionalmente ha afectado al conjunto de administraciones públicas.
- 21 Esta necesidad, de hecho, no se dio en los primeros Estatutos, preocupados por forjar una organización institucional y por asumir el mayor número de títulos competenciales posibles; sin embargo, el paso del tiempo se ha encargado de mostrar la importancia de disponer de unos procedimientos de gestión que respondan a las nuevas exigencias y demandas sociales. Este objetivo no sólo requiere la necesaria modernización del aparato administrativo, sino también la revitalización de los derechos y deberes que corresponden a la ciudadanía en este ámbito. Sólo de esta forma se logrará que la Administración preste bienes y servicios públicos de calidad y sea receptiva a las demandas ciudadanas.
- 22 *Cuidar y proteger el patrimonio público*, especialmente el de carácter histórico-artístico y natural. A diferencia de la regulación constitucional, el EAAnd añade al clásico patrimonio histórico-artístico el patrimonio natural, en clara consonancia tanto con los deberes como con los principios y objetivos que en materia ambiental consagra. Asimismo puede observarse, desde un punto de vista literal, que con esta regulación los particulares no sólo se ven comprometidos a preservar individualmente el patrimonio público, sino también a procurar que otros actúen en este sentido. Finalmente, resulta también llamativa la distinción entre patrimonio público, objeto genérico del deber, e histórico-artístico y natural, objeto de especial preservación. El concepto de patrimonio se refiere al valor cultural y social de los bienes que lo integran, de aquí que, frente a una visión elitista y privada, el EAAnd resalte la significación colectiva, o difusa, de los bienes e intereses objeto de protección.
- 23 *Contribuir a la educación de los hijos*, especialmente en la enseñanza obligatoria. En la tradición constitucional española, el derecho a la educación aparece más como un derecho de libertad que de prestación, lo que explica que la búsqueda de un punto de conexión entre la existencia de un derecho y el cumplimiento de un deber correlativo resulte complicada en este ámbito. En todo caso, este deber jurídico recaería sobre los padres y tutores, quienes deben asegurar que los hijos o pupilos cumplan materialmente sus obligaciones escolares.

#### D. LA CONCRECIÓN NORMATIVA DE LOS DEBERES ESTATUTARIOS

- 24 El nivel de desarrollo alcanzado por el Estado social a escala autonómica explica que el legislador andaluz haya promulgado una serie de normas al objeto de dotar de contenido y hacer efectivos los deberes estatutariamente consagrados<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Pese a que hablemos del desarrollo legal de los deberes estatutarios, lo cierto es que éstos no sólo pueden ser exigidos por la Administración autonómica, sino también por las distintas administraciones locales a través de sus respectivas regulaciones y dentro de su ámbito de competencias, previsto en el art. 92 EAAnd. Asimismo, hay que señalar que la obligatoriedad de los deberes estatutarios no está supeditada a su desarrollo legal, toda vez que el Estatuto es la norma jurídica suprema en el ámbito



Así, por lo que se refiere al deber de conservar el medio ambiente, el art. 3 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, prevé una serie de principios de los que derivan comportamientos, en forma de deberes u obligaciones, no sólo para los poderes públicos, sino también para los ciudadanos. En la letra a) se establece, por ejemplo, el «principio de utilización racional y sostenible de los recursos naturales para salvaguardar el derecho de las generaciones presentes y futuras a la utilización de los mismos». Por su parte, la letra e) consagra el «principio de prevención, que supone adoptar las medidas necesarias para evitar los daños al medio ambiente, preferentemente en su fuente de origen, antes que contrarrestar posteriormente sus efectos negativos».

La finalidad de ambos principios ya fue adelantada por la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, en cuya Exposición de Motivos puede leerse:

La efectiva protección del medio es un derecho de los ciudadanos que si bien no es sólo salvaguardado por la Administración pública, precisa con frecuencia de un alto grado de intervención en la consideración preventiva de las actividades y en la corrección de los factores y efectos de la contaminación y degradación ambientales. Esta determinación de procedimientos y técnicas para garantizar el mínimo impacto ambiental, así como la fijación de objetivos para modificar la realidad ambiental, tiene un doble fin: en primer lugar, el incremento de las garantías que la acción humana debe fijar en relación al mantenimiento de un medio ambiente saludable y a la calidad de vida y, en segundo término, la configuración de un desarrollo sostenible que permita asegurar la capacidad actual y futura de los recursos naturales y poner éstos al servicio de la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

El deber de conservar el medio ambiente se extiende, asimismo, en virtud del art. 36.2 EAAAnd, a las empresas que desarrollen su actividad en Andalucía, lo que ha sido contemplado en el articulado de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, en la que se prevé un detallado régimen disciplinario y sancionador a los efectos de resarcir los posibles daños medioambientales que se produzcan por dichas empresas<sup>11</sup>. El hecho de que el mencionado precepto se refiera a las empresas que desarrollen su actividad en Andalucía hace que la protección ambiental cobre una especial relevancia frente a la libertad de empresa, que deberá desenvolverse dentro de los parámetros del desarrollo sostenible.

Así se encargan de recordarlo los arts. 196 y 197 EAAAnd, los cuales pueden ser considerados, a su vez, como un desarrollo de este principio rector de la política económica previsto en el art. 157.3 EAAAnd. De hecho, el art. 197 concreta y especifica una serie de actividades económicas sostenibles, tales como la agricultura ecológica, el turismo sostenible o el fomento de la tecnología eficiente y limpia, entre otras, para

---

autonómico, si bien es cierto que el legislador debe prever las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. De esta forma, puede afirmarse que la eficacia tanto constitucional como estatutaria de los deberes es «poner límites y proporcionar justificación a las obligaciones concretas que el legislador pueda establecer como desarrollo de esos deberes». Véase ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., pág. 288.

<sup>11</sup> El de las obligaciones medioambientales de las empresas derivadas de su actividad industrial fue uno de los aspectos que figuraban en el documento de bases para la reforma del Estatuto propuesto por el Presidente de la Junta en diciembre de 2003, en cuyo punto tercero se afirmaba: «[...] se implantarán medidas fiscales con finalidad ecológica mediante la incorporación progresiva de tributos de tipo ambiental en el sistema impositivo andaluz, que graven las actividades especialmente contaminantes, e incentivos dirigidos a empresas que adapten sus actividades a modelos sostenibles».

acabar afirmando que «todos los sectores económicos vinculados al desarrollo sostenible cumplen un papel relevante en la defensa del medio ambiente».

- 29 Por su parte, el deber de colaborar en situaciones de emergencia ya se encontraba previsto en el art. 5.1 de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía, en virtud del cual:

En situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, los ciudadanos mayores de edad y las personas jurídicas, públicas o privadas, tienen el deber de colaborar en las tareas de protección civil conforme a las instrucciones de las autoridades competentes, adoptadas en los términos establecidos en la normativa de aplicación y, específicamente, en los correspondientes planes de emergencia.

- 30 En cuanto al deber de cuidar y proteger el patrimonio público de Andalucía, destaca el art. 14 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, relativo, precisamente, a las obligaciones que recaen sobre las personas titulares de bienes integrantes de dicho Patrimonio. En el primer párrafo, se establece el deber de los propietarios o poseedores de estos bienes de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos. El segundo párrafo obliga a dichas personas a facilitar las inspecciones y estudios técnicos necesarios, así como a facilitar a las administraciones competentes la información que éstas precisen. En el párrafo tercero se prevé el deber de permitir la visita al público de aquellos bienes que sean de interés cultural, con las correspondientes cargas y deberes que esto comporta para sus titulares.

- 31 Finalmente, el deber de contribuir a la educación de los hijos aparece difuminado a lo largo del texto de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, de la que destaca el art. 29.2:

Los padres y las madres o tutores legales, como principales responsables que son de la educación de sus hijos e hijas o pupilos, tienen la obligación de colaborar con los centros docentes y con el profesorado, especialmente durante la educación infantil y la enseñanza básica.

## CAPÍTULO III

### PRINCIPIOS RECTORES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS



### CAPÍTULO III

#### Principios rectores de las políticas públicas

##### Artículo 37. Principios rectores

*1. Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores:*

*1.º La prestación de unos servicios públicos de calidad.*

*2.º 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.*

*3.º 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.*

*4.º La especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida.*

*5.º La autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras.*

*6.º El uso de la lengua de signos española y las condiciones que permitan alcanzar la igualdad de las personas sordas que opten por esta lengua, que será objeto de enseñanza, protección y respeto.*

*7.º La atención social a personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social.*

*8.º La integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su autonomía personal.*

*9.º La integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes.*

*10.º El empleo de calidad, la prevención de los riesgos laborales y la promoción en el trabajo.*

*11.º La plena equiparación laboral entre hombres y mujeres y así como la conciliación de la vida laboral y familiar.*

*12.º El impulso de la concertación con los agentes económicos y sociales.*

*13.º El fomento de la capacidad emprendedora, la investigación y la innovación. Se reconoce en estos ámbitos la necesidad de impulsar la labor de las universidades andaluzas.*

*14.º El fomento de los sectores turístico y agroalimentario, como elementos económicos estratégicos de Andalucía.*

*15.º El acceso a la sociedad del conocimiento con el impulso de la formación y el fomento de la utilización de infraestructuras tecnológicas.*

*16.º El fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo.*

*17.º El libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural.*

*18.º La conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco.*

*19.º El consumo responsable, solidario, sostenible y de calidad, particularmente en el ámbito alimentario.*

*20.º El respeto del medio ambiente, incluyendo el paisaje y los recursos naturales y garantizando la calidad del agua y del aire.*

*21.º El impulso y desarrollo de las energías renovables, el ahorro y eficiencia energética.*

*22.º El uso racional del suelo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para evitar la especulación y promoviendo el acceso de los colectivos necesitados a viviendas protegidas.*

*23.º La convivencia social, cultural y religiosa de todas las personas en Andalucía y el respeto a la diversidad cultural, de creencias y convicciones, fomentando las relaciones interculturales con pleno respeto a los valores y principios constitucionales.*

*24.º La atención de las víctimas de delitos, especialmente los derivados de actos terroristas.*

*25.º La atención y protección civil ante situaciones de emergencia, catástrofe o calamidad pública.*

*2. Los anteriores principios se orientarán además a superar las situaciones de desigualdad y discriminación de las personas y grupos que puedan derivarse de sus circunstancias personales o sociales o de cualquier otra forma de marginación o exclusión.*

*Para ello, su desarrollo facilitará el acceso a los servicios y prestaciones correspondientes para los mismos, y establecerá los supuestos de gratuidad ante las situaciones económicamente más desfavorables.*

---

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [págs. 20913 y 20914])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21.054 [págs. 21061 y 21062]).

##### **Artículo 37. Enumeración**

*A fin de asegurar el pleno ejercicio de los derechos establecidos en el capítulo anterior y de alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 8, y para superar las situaciones de desigualdad y discriminación de las personas y grupos que puedan derivarse de sus circunstancias personales o sociales o de cualquier otra forma de marginación o exclusión, la Comunidad Autónoma de Andalucía orientará sus políticas públicas a garantizar:*

*1.º La prestación de unos servicios públicos de calidad.*

2.º *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.*

3.º *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.*

4.º *La especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida.*

5.º *La autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras.*

6.º *El uso de la lengua de signos y las condiciones que permitan alcanzar la igualdad de las personas sordas que opten por esta lengua, que será objeto de enseñanza, protección y respeto.*

7.º *El uso racional del suelo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para evitar la especulación y promoviendo el acceso, especialmente de los jóvenes, a viviendas de financiación pública.*

8.º *El empleo de calidad, la prevención de los riesgos laborales y la promoción en el trabajo.*

9.º *La plena equiparación laboral entre hombres y mujeres.*

10.º *La conciliación de la vida laboral y familiar.*

11.º *La concertación con los agentes económicos y sociales.*

12.º *La integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su emancipación.*

13.º *El fomento de la capacidad emprendedora, la investigación y la innovación.*

14.º *El acceso a la sociedad de la información.*

15.º *El uso de la telemática para la más efectiva prestación de los servicios públicos y la relación con los administrados.*

16.º *El fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo.*

17.º *El libre acceso de todos a la cultura y el respeto a la diversidad cultural.*

18.º *La integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes.*

19.º *El consumo responsable y de calidad, particularmente en el ámbito alimentario.*

20.º *El respeto del medio ambiente, incluyendo el paisaje y los recursos naturales y garantizando la calidad del agua y del aire.*

21.º *La conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23669]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23905]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24261]).

### **Artículo 37. Políticas públicas**

1. *Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores:*

- 1.º *La prestación de unos servicios públicos de calidad.*
  - 2.º *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.*
  - 3.º *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.*
  - 4.º *La especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida.*
  - 5.º *La autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras.*
  - 6.º *El uso de la lengua española de signos y las condiciones que permitan alcanzar la igualdad de las personas sordas que opten por esta lengua, que será objeto de enseñanza, protección y respeto.*
  - 7.º *La atención social a personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social.*
  - 8.º *La integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su autonomía personal.*
  - 9.º *La integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes.*
  - 10.º *El empleo de calidad, la prevención de los riesgos laborales y la promoción en el trabajo.*
  - 11.º *La plena equiparación laboral entre hombres y mujeres y así como la conciliación de la vida laboral y familiar.*
  - 12.º *El impulso de la concertación con los agentes económicos y sociales.*
  - 13.º *El fomento de la capacidad emprendedora, la investigación y la innovación.*
  - 14.º *El acceso a la sociedad del conocimiento con el impulso de la formación y el fomento de la utilización de infraestructuras tecnológicas.*
  - 15.º *El fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo.*
  - 16.º *El libre acceso de todos a la cultura y el respeto a la diversidad cultural.*
  - 17.º *La conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco.*
  - 18.º *El consumo responsable, solidario, sostenible y de calidad, particularmente en el ámbito alimentario.*
  - 19.º *El respeto del medio ambiente, incluyendo el paisaje y los recursos naturales y garantizando la calidad del agua y del aire.*
  - 20.º *El impulso y desarrollo de las energías renovables, el ahorro y eficiencia energética.*
  - 21.º *El uso racional del suelo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para evitar la especulación y promoviendo el acceso de los colectivos necesitados a viviendas protegidas.*
  - 22.º *La convivencia social, cultural y religiosa de todas las personas en Andalucía y el respeto a la diversidad cultural, de creencias y convicciones, fomentando las relaciones interculturales con pleno respeto a los valores y principios constitucionales.*
  - 23.º *La atención de las víctimas de delitos, especialmente los derivados de actos terroristas.*
  - 24.º *La atención y protección civil ante situaciones de emergencia, catástrofe o calamidad pública.*
2. Los anteriores principios se orientarán además a superar las situaciones de desigualdad y discriminación de las personas y grupos que puedan derivarse de sus circunstancias personales o sociales o de cualquier otra forma de marginación o exclusión. Para ello, su desarrollo facilitará el acceso a los servicios y prestaciones correspondientes para los mismos, y establecerá los supuestos de gratuidad ante las situaciones económicamente más desfavorables.



## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [págs. 8 y 9]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 205]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 257]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 309]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 97]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 9); Cataluña (arts. 4 y 39 a 54); Galicia (art. 4.3); Principado de Asturias (art. 9); La Rioja (art. 7.3); Murcia (art. 9); Comunidad Valenciana (art. 10); Aragón (arts. 20 a 31); Canarias (art. 5); Baleares (arts. 12 y 16); Castilla y León (art. 16).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

**E. JURISPRUDENCIA**

STC 119/2001, FJ 5.º y 6.º  
STC16/2004, FJ 3.º, 4.º y 5.º

**F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

APARICIO, Miguel Ángel (Ed.), CASTELLA, Josep María, y EXPÓSITO, Enriqueta (Coor.): *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008.

BASTIDA, Francisco José: «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en CARRILLO, M. (Coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Turá*, Cortes Generales-CEPC, Madrid, 2008, vol. II, págs. 1083-1102.

CARMONA CUENCA, Encarna: «Las normas constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76 (1992), págs. 103-125.

—: «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», en CARRILLO, M. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Turá*, Cortes Generales-CEPC, Madrid, 2008, vol. II, págs. 1103-1118

D'ATENA, Antonio: «Entre retórica y normatividad: a propósito de las disposiciones programáticas contenidas en los Estatutos de las regiones italianas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 7 (2009), 1-15.

—: «Normas programáticas y pluralismo axiológico en el Derecho Constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 74 (2009), págs. 455-475.

DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Madrid, 1988.

GOMES CANOTILHO, José Joaquín: «¿Revisar o romper la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43 (1995), págs. 9-23.

—: «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (1988), págs. 239-260.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: «Normas programáticas, Estatutos y autonomía comunitaria», en *Revista de Derecho Político*, núm. 21 (1984), págs. 7-30.

MEIL LANDWERLIN, Gerardo: «El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 42 (1984), págs. 211-225.

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, José Luis: «Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122 (2003), págs. 269-316.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José.: «El estado social como estado autonómico», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3 (1999), págs. 61-78.

TAJADURA TEJADA, Javier: *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

TEROL BECERRA, Manuel. (Dir.): *I Foro Andaluz de los Derechos Sociales: Los Derechos Sociales en el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «La función de los derechos fundamentales en el marco de las autonomías», en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 5 (2007), págs. 203-239.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS (ART.37 EAAND). I. Principios rectores y (proto) derechos. II. Principios rectores y políticas públicas.

### A. INTRODUCCIÓN

Con la Constitución española como modelo, el estatuyente andaluz reproduce y hace suyo el esquema de la parte dogmática del texto constitucional. En efecto, a un «Título preliminar» de once artículos le sigue un largo Título I, de treinta artículos, dividido a su vez en cuatro capítulos, bajo el título: «Derechos sociales, deberes y políticas públicas». El primero de estos capítulos se dedica a «Disposiciones generales», el segundo se ocupa de la Carta de «Derechos y deberes» estatutarios, el tercero da cuenta de los «Principios rectores de las políticas públicas» y el cuarto de las «Garantías», exactamente como hace la Constitución, con la excepción de que aquí no existe un capítulo quinto dedicado a la suspensión de los derechos. Es innegable que en esta segunda fase estatuyente ha habido una fuerte inclinación por acercar los Estatutos a las formas y contenidos de lo constitucional. Como también es cierto que, tras treinta años de funcionamiento del Estado de las autonomías, las comunidades políticas autónomas, como entes políticos que son con fines generales, pueden limitar, orientar o condicionar el uso de las competencias por los poderes estatuidos, siempre que estas orientaciones o mandatos no quiebren lo dispuesto en la Constitución. Derechos, deberes y principios, categorías jurídicas clásicas de lo constitucional, tienen así entrada en el marco normativo fundante de las autonomías –sin olvidar la existencia asimismo de los objetivos generales y específicos– con la pretensión de encaminar las políticas públicas hacia el programa estatutariamente marcado. En el trasfondo se vislumbra, como ocurre en la Constitución, la consecución de la igualdad material como objetivo último del Estado social y democrático de derecho de la autonomías; objetivo al cual las comunidades autónomas están llamadas como poder público que son: «[...] corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas [...]» (art.9.2 CE). Y, muy posiblemente, en mejor posición que el Estado para conocer de primera mano cómo ha de ser esta promoción de la igualdad en el seno de una concreta comunidad política de la que es poder estatuido, sin que ello suponga quiebra de la igualdad en el disfrute de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

- 2 El Estatuto andaluz de 2007 –a diferencia del de 1981, que sólo tenía un artículo dedicado a los objetivos básicos que los poderes públicos debían perseguir para la conquista de la igualdad sustancial (art. 12 EAAAnd de 1981)– prescribe todo un sistema programático de políticas públicas que el poder público estatuido ha de procurar alcanzar: objetivos, derechos y principios rectores. Si con los primeros es la igualdad material lo que se persigue como fin –se trata del primer gran objetivo al que todos los demás quedan subordinados– y, con los segundos, lo que se impone son las prestaciones a las que los vecinos de Andalucía tienen derecho –pues se trata en su mayoría e derechos de prestación–, con los principios rectores de las políticas públicas se procura indicar a los poderes públicos estatuidos cómo alcanzar los objetivos propuestos y cómo afianzar el contenido de los derechos: «[...] orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores».
- 3 Son, pues, principios instrumentales al servicio de los objetivos y derechos, es decir, el soporte mediato del ambicioso programa estatutario integrado por objetivos y derechos. La dicción del art. 37 EAAAnd es expresiva del proyecto político encerrado en el Estatuto. Proyecto de programa que condicionará, con mayor o menor intensidad, la labor política de los actores públicos andaluces. Son principios rectores, pues, de las políticas públicas, del cómo deben idearse, perfeñarse, actuarse y evaluarse las políticas públicas que, desde el ámbito competencial estatutariamente asumido, son aprobadas por el poder estatuido para concretar/actualizar los referidos objetivos y derechos. Sin embargo, los principios rectores de las políticas públicas del art. 37 EAAAnd no son la hoja de ruta del cómo habrían de hacerse las políticas, sino que son, nuevamente, expresión sustantiva del qué debe hacerse. En efecto, los principios rectores, tal y cómo han sido recogidos en el Estatuto, no son medio sino reproducción del fin que a través de la *policy* se quiere alcanzar. Así, por ejemplo, el objetivo estatutario de «la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en Andalucía» (art. 10.3.17 EAAAnd) se alcanzará «mediante la aplicación efectiva» del siguiente principio rector: «La integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes» (art. 37.1.9 EAAAnd).
- 4 Valga este ejemplo para mostrar la confusión que se observa en el Estatuto entre objetivos y principios instrumentales al servicio de los primeros, pues este solapamiento entre objetivos, derechos y principios es una constante en todo el artículo que comentamos. Lo mismo ocurre cuando cruzamos derechos con principios, dándose ocasiones en los que el contenido del derecho estatutario es, paradójicamente, más concreto que el principio rector con él relacionado: «Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes», se reconoce en el art. 19 (Mayores) del EAAAnd, mientras que en el art. 37.1.3.º se afirma, ahora como principio, «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». La virtualidad o fuerza normativa del derecho, su estatuto jurídico, desplaza, sin lugar a dudas, la eficacia del principio, pues, como sabemos, los derechos estatutarios vinculan a todos los poderes públicos, han de ser interpretados en el sentido más favorable y su ley de desarrollo, que el Parlamento habrá de aprobar, respetará su contenido esencial y determinará las prestaciones y servicios vinculados, además de contar con la necesaria protección jurisdiccional (arts. 38 y 39 EAAnd). En ambos casos, sea con los objetivos sea con los derechos, sea con ambos a la vez<sup>1</sup>, los principios rectores, lejos de ser instrumentos para la consecución de los objetivos y derechos, son preceptos a menudo redundantes que poco o nada aportan al programa político de transformación social que incorpora el Estatuto mediante objetivos y derechos.

Esta duplicidad o triplicidad no se da en la Constitución, pese a que, en la misma, 5 hay objetivos, derechos y principios. Lo que ocurre es que en la Norma constitucional no hay identidad material en los contenidos de la tríada de categorías jurídicas. El art. 9.2 CE es un mandato genérico a los poderes públicos para que promuevan la igualdad y la libertad (concreción del elemento social como definidor del Estado), los derechos fundamentales tienen un estatuto claro y definido, el que señala el art. 53.1 CE, y son *numerus clausus*, pues son los que están comprendidos en el Capítulo II del Título I CE y sólo esos, y, por último, los principios rectores de la política social y económica, integrados en el Capítulo III del Título I CE, los también conocidos como «los no derechos fundamentales», pues su estatuto jurídico no sólo es diferente sino opuesto al de los derechos fundamentales –art. 53.3 CE– (VILLAVERDE, I., 2007, pág. 221). Así pues, no hay cruce en los ámbitos materiales de una y otra categorías, lo que no quiere decir que derechos y principios no deban ser conectados a la hora de interpretar la Constitución necesariamente, de la misma forma que el intérprete de la Constitución, principalmente el político, ha de observar el mandato de igualdad tanto en el ejercicio de la acción política como a la hora de aplicar e interpretar las normas jurídicas<sup>2</sup>.

No ocurre lo mismo, insistimos, en el caso del Estatuto andaluz de 2007. Aquí, como 6 se ha visto, hay una gran similitud, a veces identidad, entre los objetivos, derechos y principios, lo que dificulta la operación jurídica que trate de explicar el sentido y función de cada una de las categorías implicadas. Formas jurídicas que, como acabamos de decir, están en permanente relación cuando de lo que se trata es de actualizar e interpretar los contenidos estatutarios y que, por lo tanto, acaban desplazándose unas a otras, mermando con ello el sentido jurídico propio de cada figura, lo que redundante

<sup>1</sup> Lo que ocurre, por ejemplo, con la protección del medio ambiente, que es, a la vez, objetivo («La mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, así como la dotación de infraestructuras modernas», art. 10.3.7.º EAAnd), derecho («Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes», art. 28.1 EAAnd) y principio rector («El respeto del medio ambiente, incluyendo el paisaje y los recursos naturales y garantizando la calidad del agua y del aire»).

<sup>2</sup> Como ocurre cuando sobre una misma parcela de realidad confluyen distintos preceptos constitucionales. Así, por ejemplo, en materia de ruidos se dan cita al mismo tiempo el derecho a la vida privada y familiar (art. 18 CE), el derecho a la salud (art.43 CE) y el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE). Véanse, por todas, SSTC 119/2001 y 16/2004.

negativamente en la consistencia y virtualidad jurídica del Estatuto de Autonomía. Es cierto, sin embargo, que el estatuyente andaluz se ha visto muy condicionado en este proceso. Por un lado tenía el peso del Estatuto anterior y, por el otro, la estructura de la Constitución, documento al que, sin esconderlo, quería parecerse. Del primero pesaba el listado de objetivos que se contenía en su art. 12. La reforma de 2007 ha sido el momento de la evaluación de aquellos objetivos y, claro está, de la cancelación de alguno de ellos porque se han visto cumplidos, de la actualización de otros y de la incorporación de los nuevos retos a los que la comunidad política andaluza se enfrenta casi treinta años después de su acceso a la autonomía. Es cierto, sin embargo, que en esta operación ha habido muy poco de lo primero y mucho de lo demás, pues prácticamente los doce objetivos de 1981 han vuelto a ser incorporados al Estatuto de 2007, con un lenguaje más propio de nuestro tiempo, eso sí, pero transmisores de la misma idea en definitiva<sup>3</sup>. Lo que sí ha habido y en cantidad, algo más del doble exactamente, es un aumento considerable del número de objetivos a alcanzar. Este dato es válido por sí mismo para demostrar cómo en estos treinta años las comunidades autónomas han ido acrecentado su poder político y económico, dado que cada objetivo va indisolublemente unido a una competencia y a un sistema de financiación adecuado y suficiente para poder soportarla.

- 7 La otra inercia, la del texto Constitucional, tiene mucho que ver con el afianzamiento de la idea de comunidad política necesitada de una norma institucional que, a su vez, exprese o manifieste su singularidad frente al Estado y frente al resto de comunidades autónomas. El paradigma sería la Constitución y concretamente sus derechos y principios, así como su Título Preliminar. Y tiene que ver también con la idea de Estado social autónómico o del Estado social como Estado autónómico, es decir, con la proyección de lo social a partir de las unidades políticas territoriales en las que se organiza el Estado –art. 137 CE– (SOLOZÁBAL, J. J., 1999, págs. 61-78; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. L., 1984, págs.7-30; TEROL, M., 2009, pág.10; APARICIO, M. A., 2008, págs. 20-23). Por estas razones, el capítulo de derechos en el Estatuto andaluz rescata del Capítulo III del Título I los principios rectores de la Constitución, a la práctica totalidad de los mismos, y les da forma de derechos<sup>4</sup>, lo que es lo mismo que

<sup>3</sup> De todos los objetivos, el que desaparece es el dedicado al fenómeno migratorio de los andaluces, fenómeno que durará hasta la década de los noventa. Si entonces (1981) se hablaba de superar «las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan la emigración de los andaluces y, mientras esta subsista, la asistencia a los emigrados para mantener su vinculación con Andalucía (art. 12. 4 EAAnd de 1981)», hoy (2007) se tiene como objetivo el crear «la condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los andaluces en el exterior que lo deseen y para que contribuyan con su trabajo al bienestar colectivo del pueblo andaluz», pero también integra «social, económica, laboral y culturalmente» a los inmigrantes en Andalucía (art. 10.3.6.º y 17.º EAAnd de 2007).

<sup>4</sup> Basta mencionar los títulos que encabezan los derechos estatutarios para comprobar la realidad del trasvase que hace el estatuyente del capítulo de los principios rectores de la Constitución al capítulo de los derechos estatutarios: protección de la familia (art. 17 EAAnd/art. 39 CE), menores (art. 18 EAAnd/art. 39.3 CE), mayores (art. 19 EAAnd/art. 50 CE), educación (art. 21 EAAnd/art. 27 CE), salud (art. 22 EAAnd/art. 43 CE), prestaciones sociales (art. 23 EAAnd/art. 41 CE), personas con discapacidad o dependencia (art. 24 EAAnd/art. 49 CE), vivienda (art. 25 EAAnd/art. 47 CE), trabajo (art. 26 EAAnd/art. 52 CE), consumidores (art. 27 EAAnd/art. 51 CE), medio ambiente (art. 28 EAAnd/art. 45 CE), acceso a la justicia (art. 28 EAAnd/art. 24 CE), participación política (art. 30 EAAnd/art. 23 CE) y cultura (art. 33 EAAnd/arts. 44 y 46 CE). Obviamente, educación, acceso a la justicia y participación política son extensión de derechos fundamentales y no de principios rectores. Dejamos fuera de esta comparación, concretamente: igualdad de género (art. 15 EAAnd/art. 14 CE), protección contra la violencia de género (art. 16 EAAnd/arts. 9.2, 14 y 15 CE), testamento vital y dignidad ante el proceso de muerte (art. 20

modificar su estatuto jurídico por otro más reforzado y, además, a través de una norma, el Estatuto de Autonomía, más rígida que la ley ordinaria, pues cuenta con un procedimiento agravado de reforma que, como mínimo, requiere el concurso de dos voluntades políticas. Este ascenso desde el peldaño de los principios constitucionales (ahora derechos estatutarios) obliga, si se quiere seguir manteniendo un capítulo con dicho contenido, a buscar una nueva oleada de principios, es decir, nuevos valores sociales que por su importancia deban ser atendidos en el debate público para la consecución de una democracia avanzada.

8 Sin embargo, la apuesta por dotar de virtualidad lo que hasta hoy eran «principios rectores de la política social y económica» es tan ambiciosa y amplia que resulta difícil encontrar en el ámbito social nuevos yacimientos de valores o principios que puedan colmar la laguna provocada por la huida de los viejos principios hacia el mundo más perfecto de los derechos. Por esta razón, el art. 37 EAAnd, en sus veinticinco subapartados, es una reiteración de los objetivos o derechos estatutariamente declarados. Pero, por esta misma razón, este Capítulo III del Título I del Estatuto corre el riesgo de hacerse prescindible, pues su encaje en el diseño estatutario poco aporta al debate sobre el qué se quiere o se pretende, es decir, sobre el proyecto de sociedad que el Estatuto, a través de sus objetivos y derechos, proyecta (por todos, GOMES CANOTILHO, J. J., 1988, págs. 239-260, y 1995, págs. 9-23).

9 El Capítulo III del Título I del Estatuto lleva por título los «Principios rectores de las políticas públicas». Si el citado título fuese indicativo de su contenido sería presumible encontrar en este apartado un conjunto de principios instrumentales cuyo objetivo central sería el de indicar cómo ha de acometerse la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad para garantizar los derechos reconocidos y alcanzar los objetivos básicos. En la medida en que tanto los objetivos como los derechos estatutarios exigen de los poderes públicos políticas y programas de actuación –pues se trata en su mayor parte de objetivos y derechos prestacionales–, hubiera sido razonable encontrar un capítulo o sección dedicado exclusivamente a plantear, en cada ámbito material de actuación, los indicadores sustanciales y formales inexcusables que el poder político habría de seguir para dar cumplimiento al mandato estatutario de la forma más eficiente y eficaz. Una auténtica regulación de los principios que deben inspirar todo el tracto de las políticas públicas, desde su planteamiento, pasando por su forma de elaboración y aprobación, hasta su evaluación definitiva.

10 Nada de esto o muy poco hay en el reiterado art. 37 EAAnd. Los objetivos y derechos estatutarios a los que los poderes públicos deben orientar sus políticas se alcanzarán y garantizarán mediante la aplicación efectiva de más principios materiales o, lo que es peor, de la aplicación efectiva de esos mismos objetivos y derechos, pues, como hemos dicho, los principios rectores del art. 37 EAAnd, cuando no tienen reflejo en el catálogo de derechos estatutarios, lo tienen en el listado de objetivos. Una cierta dosis de tautología ha habido en el diseño del bloque dogmático del Estatuto. Reiteración que, si en el caso de los objetivos puede que sólo tenga consecuencias literarias, en el caso de los derechos puede dar lugar a problemas de alcance más allá de

---

EAAnd), buena administración (art. 31 EAAnd/arts. 103 y 105 CE), protección de datos (art. 32 EAAnd/art. 105 CE), acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación (art. 34 EAAnd/art. 20 CE) y orientación sexual (art. 35 CE).

los meramente interpretativos<sup>5</sup>. Sin embargo, y en contra de lo que pudiera parecer, en el Estatuto se recoge una política sobre políticas públicas (*public policy*). Concretamente, el art. 138 EAAnd recoge el mandato dirigido al legislador para que, mediante ley, regule la organización y funcionamiento de un sistema de evaluación de dichas políticas. En otro sentido, pero reforzando esta idea, cabe decir que la estructura normativa que se da a los principios contenidos en el art. 37 EAAnd es la de mandatos programáticos dirigidos al poder público que procuran ser concretos y realizables. Este segundo aspecto implica un cierto proceso de elaboración de política pública, pues a la identificación del problema que requiere de la acción pública le sigue la formulación de concretas soluciones que, en todo caso, evitan ser presentadas como derechos subjetivos<sup>6</sup>.

- 11 Ocorre, sin embargo, que la parvedad con la que están redactados los principios rectores nos alejan de la idea de encontrarnos ante un capítulo en el que se definan las políticas públicas que deben adoptarse para alcanzar los fines y garantizar los derechos<sup>7</sup>. Más bien lo que hay son mandatos generales dirigidos al legislador, pero que, por su propia estructura material, proponen como único camino aquél que permite alcanzar el objetivo, pero sin mayores especificaciones. Una hoja de ruta, dicho de otro modo, cuya única indicación es el propio destino del viaje.
- 12 Por esta razón, al igual que ocurre a nivel constitucional, lo que destaca de los principios rectores del Estatuto es, de nuevo, el cómo se garantiza el qué, es decir, cuál es el estatus jurídico de los mismos. En otras palabras, lo que interesa es saber su grado de virtualidad o eficacia y de qué manera puede ser exigida<sup>8</sup>. Y es lógico, a la vista de lo expuesto, que el estatuyente haya reproducido en el art. 40.1 EAAnd (efectividad de los principios rectores) el mismo estatus jurídico que el constituyente dictaminó para los suyos<sup>9</sup>: «El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».
- 13 Como también es lógico que se haya añadido un párrafo segundo al art. 40 EAAnd prácticamente idéntico al establecido para mandar a los poderes públicos en el

<sup>5</sup> «El acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente [...]» (art. 37.1.3.º EAAnd) no puede ser principio y derecho a la vez: «Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo [...]» (art. 19 EAAnd).

<sup>6</sup> A diferencia de lo que ocurre con el Capítulo III del Título I de la Constitución española, que sí incorpora principios formulados como derechos.

<sup>7</sup> Un «modelo» de formulación de una política pública se encuentra en el Título VII del Estatuto dedicado al medio ambiente.

<sup>8</sup> La literatura sobre la eficacia de los principios y objetivos rectores es, como bien puede imaginarse, muy amplia. Indicaremos al lector lecturas que nos han sido muy útiles para redactar estas páginas:

D'ATENA, A., 2009-I, págs. 445-475; del mismo autor, 2009, págs. 1-15; CARMONA CUENCA, E., 1992, págs. 103-125; de la misma autora, 2008, págs. 1103-1118; BASTIDA, F.J., 2008, págs. 1083-1102; por último, con un señalado carácter generalista, véanse, MEIL, G., 1984, págs. 211-225; PRADA, J. L., 2003, págs. 269-316; TAJADURA, J., 2004, págs. 27-41; DE OTTO, I., 1988, págs. 41-48.

<sup>9</sup> Art. 53.3 CE: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».



cumplimiento de los objetivos básicos estatutarios: «Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas»<sup>10</sup>. La función informadora de los principios rectores se ve acompañada de un mandato, dirigido especialmente al legislador, para que se adopten las políticas públicas adecuadas que den virtualidad a unos principios rectores que, como objetivos, deben ser actualizados.

Llegado a este punto, nuestro propósito para las páginas que siguen será doble: <sup>14</sup> por un lado, elaboraremos una clasificación de los principios rectores que permita sistematizar lo que a primera vista puede parecer caótico. En segundo lugar, abordaremos, como ya hicimos con los objetivos, la cuestión de su eficacia o virtualidad. Para este fin contaremos necesariamente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## B. CLASIFICACIÓN DE LOS PRICIPIOS RECTORES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS (ART. 37 EAAND).

La dificultad de una clasificación de los principios rectores contenidos en el art. 37 EAAnd no tiene tanto como causa el número y heterogeneidad de dichos principios cuanto la elección del método que debamos usar para elaborarla. De entre los posibles, todos ellos igual de legítimos y apropiados, nuestra inclinación vendrá marcada por el doble estatus de efectividad de los principios al que luego nos referimos más detalladamente. Por una parte, los principios informan (o deben informar) el ejercicio de la actividad de los poderes públicos; por otra, los principios, desarrollados por voluntad de legislador, pueden ser reclamados ante los tribunales como derechos. Si la primera función la deben cumplir todos, la segunda no es extensible a todo el conjunto, pues no de todos los principios es posible sugerir la creación a nivel legal de un derecho. De hecho, hay principios cuya sustancia normativa es más puramente objetivo social –principios con un sentido más estructural– que principios enfocados a concretar la igualdad sustancial de los ciudadanos, es decir, principios que en este sentido inciden más en el plano subjetivo de los particulares (por más que todo derecho subjetivo tenga una innegable vertiente objetiva) y de los que incluso pudiera deducirse la existencia de un derecho (o de un protoderecho a la vista de la advertencia de la necesidad de interposición del legislador para que el derechos sea tutelable). Esta división tiene, además, sentido si la completamos con el argumento central del apartado anterior. Como dijimos, prácticamente todos los principios encontrarán reflejo, bien en el artículo estatutario dedicado a los objetivos, bien en el capítulo dedicado a los derechos. La clasificación será útil para indicar con cierta exhaustividad esta conexión. Por otra parte, no renunciamos a conectar los principios que encierran mandatos dirigidos al actor principal del diseño de las políticas públicas con las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma. <sup>15</sup>

<sup>10</sup> Art. 10.4 EAAnd: «Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos señalados, especialmente, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas».

## I. Principios rectores y (proto) derechos

- 16 No creo que haga falta insistir en la redundancia en la que incurrió el estatuyente andaluz a la hora de configurar como derechos sociales lo que constitucionalmente eran principios rectores. Advertimos entonces que lo lógico hubiese sido cancelar del capítulo dedicado a principios rectores lo que por voluntad social y política se quería trasladar al universo de los derechos. No ha sido así, y lo que nos encontramos en el art. 37 EAAAnd es una reiteración, ahora en forma de mandato orientativo al poder público, de lo que artículos antes ya ha sido recogido como derechos. La repetición es más evidente en aquellos principios rectores cuyo fin es el de prestar asistencia a aquellos colectivos sociales que más lo requieren (mayores, dependientes, discapacitados o marginados). En estos casos pudiera decirse que la reiteración estaría técnicamente contraindicada. Una mayor utilidad pudieran tener aquellos principios que, aun manteniendo una estrecha relación con los derechos, coadyuvan a exigir de los poderes públicos una atmósfera adecuada para el cumplimiento de los derechos de contenido prestacional, conminándoles a que orienten sus políticas públicas a garantizar y asegurar el disfrute de los mismos. Por último, pleno sentido tienen aquellos principios que a la vista de su estructura y contenido normativo encierran el germen de un derecho o, dicho de otra forma, cuya realización por el legislador habrá de revestir la forma de derecho subjetivo que sólo entonces sería alegable ante los jueces y tribunales. Sin embargo, como ahora se verá, estos últimos parecen ser los menos entre los veinticinco contemplados en el art. 37 EAAAnd.
- 17 Así pues, principios rectores que son reiteración de los derechos contemplados en el Capítulo II del Título I del EAAAnd serían los que tienen como destinatarios a los mismos grupos sociales para los que el estatuyente prefiguró concretos derechos prestacionales. Concretamente, 1) Mayores: en el art. 19 EAAAnd se consagra como derecho de este grupo social «el recibir de los poderes públicos una protección integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social» y en el art. 37.1.3.º se determina como principio rector «el acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo [...]».
- 18 2) Personas en situación de dependencia y discapacitados: ambos grupos sociales tienen reconocido en el art. 24 EAAAnd el derecho «a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social», y en los arts. 37.1.4.º y 5.º, reconocidos como principios rectores, respectivamente, «la especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida» y «la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad [...]», además de señalarse en los apartados 5.º y 6.º la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de barreras y, específicamente, el uso de la lengua de signos española, que será objeto de enseñanza y protección. Salvo que no se interprete que el derecho a usar la lengua de signos es parte integrante del contenido del derecho a la autonomía e integración de las personas sordas, es patente la concomitancia y su inocuidad.

3) Personas que sufren marginación, pobreza o exclusión y discriminación social: el séptimo principio rector del art. 37.1 EAAnd afirma que los poderes públicos deben atender socialmente a este grupo de personas. En el art. 23 (prestaciones sociales) «se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales» y se reconoce el derecho «a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley». La garantía institucional de un sistema público de servicios sociales<sup>11</sup> con el añadido del derecho a la renta básica se superpone al mandato informativo por el cual los poderes públicos deben atender socialmente a este grupo de personas. 19

4) Igualdad de género en el ámbito laboral: «La plena equiparación laboral entre hombres y mujeres», de la que se habla en el undécimo de los principios rectores del art. 37.1 EAAnd, queda plenamente absorbida por lo dispuesto en el art. 15: «Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos», interpretado en conexión con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 10 (Objetivos básicos): «La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluzes [...], superando cualquier discriminación laboral [...]». 20

Otros principios rectores encuentran su *alter ego* en derechos de nuevo cuño, de tercera o cuarta generación, como gusta decir. En unos casos el derecho en cuestión eclipsará el mandato rector; en otros, el principio completará el contenido del derecho. Veamos algunos ejemplos. 1) Acceso a la sociedad del conocimiento: una cierta complementariedad existe, sin embargo, entre el derecho de «acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación» (art. 34 EAAnd) y el decimoquinto principio rector del art. 37.1 EAAnd. Este último señala la formación y el fomento de la utilización de infraestructuras tecnológicas como un medio eficaz de garantizar el citado derecho. 2) El acceso a la cultura: donde la literalidad del derecho supera con creces la eficacia informativa del principio rector, «Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales [...]» (art.33), frente a «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»<sup>12</sup> (art. 37.1.17.º). 3) Medio ambiente: «El respeto al medio ambiente, incluyendo el paisaje y los recursos naturales y garantizando la calidad del agua y del aire» (art. 37.1.20.º), es un derecho de todas las personas, «Se garantiza este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales» (art. 28.2); luego la mayor virtualidad del derecho suple la menor eficacia jurídica del principio rector. 4) Vivienda: en este ámbito ocurre como en el caso del derecho de acceso a las nuevas tecnologías, «Para favorecer el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de vivienda» (art. 25); para su promoción con carácter general, los poderes públicos orientarán su políticas de suelo hacia un «uso racional del mismo, adoptando cuantas medidas sean 21

<sup>11</sup> Véase el art. 61 EAAnd, dedicado a «servicios sociales, voluntariado, menores y familias», dentro del Título II, dedicado a las competencias de la Comunidad Autónoma.

<sup>12</sup> «Respeto a la diversidad cultural» que es un principio reiterado y que, además, poco tiene que ver con el derecho de «acceso a la cultura». El bien jurídico «diversidad cultural» aparece nuevamente en el apartado 23 del art. 37.1 EAAnd. También está en el apartado 8 del art. 21 EAAnd, derecho a la educación. En estos dos últimos casos la expresión está cargada de sentido.

necesarias para evitar la especulación». Desde estas premisas se promoverá «el acceso de los colectivos necesitados a viviendas protegidas» (art. 37.1.22.º). Eficacia y eficiencia, pudiera decirse: la primera es atribuible al derecho, pues la promoción obligatoria de vivienda pública es el contenido del derecho; la segunda se vincula al principio rector, pues tratar de impedir que la política pública de vivienda (orientada de conformidad al derecho) se haga a cualquier precio (un uso razonable del bien finito suelo y una política que combata la especulación facilitarían en teoría la promoción de vivienda pública a un coste razonable y socialmente asumible). 5) Prestación de unos servicios públicos de calidad: el poder público debe orientar sus políticas a garantizar los derechos y alcanzar los objetivos mediante la aplicación efectiva de unos servicios públicos de calidad (art. 37.1.1.º). De otra parte, los ciudadanos tienen derecho a una buena administración<sup>13</sup>. Como es lógico entender, la calidad aquí engloba e integra a la buena prestación del servicio, incluso va más allá. El derecho a una buena administración se predica del ciudadano frente a la administración<sup>14</sup>, la calidad de los servicios de esta última tiene más que ver, de nuevo, con la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas (art. 10.4 EAAAnd, objetivos básicos de la Comunidad Autónoma). Por esta razón, la implementación del derecho por el principio rector es condición necesaria para el buen cumplimiento del primero<sup>15</sup>.

## II. Principios rectores y políticas públicas

- 22 Los menos de estos principios no tienen una ligazón estrecha y directa con los derechos estatutarios. Sin embargo, pese a ser pocos no por ello resulta sencillo elaborar una clasificación que los dote de cierto sentido como grupo. Tienen en común, eso sí, la pretensión de trazar la ruta por donde deberá discurrir el debate público en la elaboración de la política pública correspondiente, señalando lo hitos que habrá que ir superando para alcanzar los objetivos y proteger los derechos. Asimismo, todos ellos tienen detrás un marco jurídico competencial, sin el cual carecerían de sentido. Como es sabido, tales principios cumplen la función constitucional de imponer a los poderes públicos autonómicos los criterios o directrices cuando éstos ejerzan sus competencias.
- 23 La aplicación efectiva del principio que pretende el pleno empleo, la prevención de riesgos laborales y la promoción en el trabajo (art. 37.1.10.º EAAAnd) está íntimamente ligada a las competencias ejecutivas asumidas por la Comunidad Autónoma andaluza en empleo, relaciones laborales y seguridad social (art. 63 EAAAnd), en el marco de la legislación del Estado. Relacionado con esta vertiente de lo sociolaboral, se destaca

<sup>13</sup> Art. 137 EAAAnd (prestación de servicios y cartas de derechos): «La Administración de la Junta de Andalucía hará pública la oferta y características de prestación de los servicios, así como las carta de derechos de los ciudadanos ante la misma» (cursiva nuestra).

<sup>14</sup> Art. 31 EAAAnd (buena administración): «Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros [...]».

<sup>15</sup> Dos derechos autónomos de cualquier otro listado que se pudieran deducir de los principios rectores están recogidos en los subapartados 24.º y 25.º del art. 37.1 EAAAnd. El primero se traduciría en el derecho de las víctimas de delitos, especialmente del terrorismo, a ser atendidas. El segundo parece contener la idea de un derecho a ser atendidos en situaciones de emergencia, catástrofe o calamidad pública.

como principio rector el impulso de la concertación con los agentes económicos y sociales (art. 37.1.12.º EAAAnd). En este caso, es el reconocimiento del derecho al establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones constitucionales de sindicatos y organizaciones empresariales (art. 26.2 EAAAnd) la conexión del principio con un mandato estatutario. Algo similar ocurre con dos materias transversales de alto contenido social: jóvenes e inmigrantes. Si sobre la primera la Comunidad Autónoma ha asumido como competencia exclusiva la promoción del desarrollo personal y social de los jóvenes, el diseño, la aplicación y evaluación de las políticas públicas de los planes destinados a los jóvenes y la promoción de la participación de los jóvenes, entre otras submaterias (art. 74 EAAAnd), todas estas políticas deben tender a propiciar la integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su autonomía personal (art. 37.1.8.º EAAAnd). A la Comunidad Autónoma le corresponde, asimismo, las políticas de integración de los inmigrantes, en el marco de sus competencias (art. 62 EAAAnd), sin olvidar que esa misma competencia es un principio que debe informar toda su política (art. 37.1.9.º EAAAnd).

24

La política pública educativa y cultural se encauza a través de los subapartados 2.º, 23.º y 18.º, respectivamente, del art. 37.1 EAAAnd. Como objetivos y contenidos de una educación permanente se mencionan la educación en valores (lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, subapartado 2.º de los citados) y el objetivo de la convivencia social, cultural y religiosa y el respeto a la diversidad cultural, fomentando las relaciones interculturales con pleno respeto a los valores y principios constitucionales (subapartado 23.º). Entre las competencias educativas de la Comunidad se destaca la que, compartida con el Estado, tiene sobre el establecimiento de los planes de estudio (art. 52.2 EAAAnd). A la competencia exclusiva en materia de cultura (art. 68 EAAAnd) se le anuda el principio rector que determina la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía (subapartado 18.º de los citados). El flamenco, competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma (art. 68.1 EAAAnd), merece especial conservación y puesta en valor.

25

El estatuyente andaluz acomete, asimismo, el diseño del modelo económico y productivo que debe ser auspiciado y fomentado por el poder político estatuido. Al fomento de un nuevo modelo productivo ligado a la investigación y la innovación, con el concurso de las universidades andaluzas (art. 37.1.12.º EAAAnd) de carácter más general, se le añade un ámbito más concreto que se debería propiciar, como sectores estratégicos de la economía andaluza: el sector turístico y el sector agroalimentario (art. 37.1.13.º EAAAnd). La investigación, desarrollo e innovación tecnológica es competencia exclusiva de la Comunidad, en relación con los centros dependientes de ésta (art. 54 EAAAnd) y tiene igualmente competencia exclusiva en el fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía (art. 58.2 EAAAnd). El impulso de las energías renovables, el ahorro y la eficiencia energética debe orientar las políticas públicas (art. 37.1.21.º EAAAnd). La competencia de la Comunidad sobre energía es mayoritariamente compartida con el Estado (art. 49 EAAAnd). Un último aspecto sobre planificación económica nos lleva al mandato orientativo que debe propiciar una política de consumo responsable, sostenible, solidario y de calidad, particularmente en el ámbito alimentario (art. 37.1. 19.º EAAAnd).



# CAPÍTULO IV

## GARANTÍAS





## CAPÍTULO IV

### Garantías

#### Artículo 38. Vinculación de los poderes públicos y de los particulares

*La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos.*

## DOCUMENTACIÓN

### A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

#### I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20915])**

#### 2. Procedimiento de reforma estatutaria

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21062]).

***Artículo 38. Vinculación de los poderes públicos y de los particulares***

*Los derechos reconocidos en el Capítulo II de este Título vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23650]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23905]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24261]).

***Artículo 38. Vinculación de los poderes públicos y de los particulares***

*La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la*

*naturaleza de cada derecho, a los ciudadanos andaluces, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 9]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 205]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 257]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 309]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 98]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 37); Comunidad Valenciana (art. 10); Aragón (art. 6); Castilla y León (art. 17).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

## E. JURISPRUDENCIA

STC 37/1981, FJ 2.º

STC 18/1984, FJ 6.º

STC 247/2007, FF.JJ. 6.º, 12.º, 15.º y 18.º

STC 31/2010, FF.JJ. 16.º, 17.º y 26.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUDO ZAMORA, Miguel: «Derechos Sociales, Deberes y Políticas Públicas», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Eds.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas, Madrid, 2008, págs. 263-305.

—: «La efectiva constitucionalidad de la regulación de derechos estatutarios en la STC 31/2010» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27 (2011), págs. 461-480.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, y TUR AUSINA, Rosario: *Las consecuencias jurídicas de la STC 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la perfecta libertad*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, «Los derechos públicos estatutarios», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 13-35.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO GARRIDO, Eva: «Las resoluciones del Tribunal Constitucional en los procesos de control de constitucionalidad de la ley» en VV.AA.: *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: «Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1 (2004), págs. 25-46.

—: «La reforma del Estatuto de Andalucía», en CATALÀ, A. y GARCÍA, F. (Eds.): *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*, Fundación Manuel Broseta, Valencia, 2007, págs. 331-348.

—: «Efectividad de los principios rectores y de los objetivos básicos», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Ed): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 137-146.

BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé: «Los efectos de la Sentencia 31/210 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12 (2011), págs. 61-91.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: «Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de autonomía)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79 (2007), págs. 33-46.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel: «Derechos y garantías jurisdiccionales en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número extraordinario 1, 2010, págs. 155-161.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Derechos, deberes y principios rectores», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (et al.): *Estatuto de Andalucía. Novedades respecto del Estatuto de 1981*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 23-43.

—: «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85 (2009), págs. 259-298.

CANOSA USERA, Raúl: «El encaje constitucional de las declaraciones estatutarias de derechos», en VERA SANTOS, J. M.<sup>a</sup>, y DÍAZ REVORIO, F. J. (Eds.): *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 83-153.

CARRILLO, Marc: «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80 (2007), págs. 49-73.

—: «Els drets estatutaris a la sentència 31/2010, de 28 de juny, sobre la reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 12 (2011), págs. 92-119.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78 (2006), págs. 63-75.

EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: «La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía» en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 5 (2007), págs. 147-202.

—: «Derechos y garantías», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número extraordinario 1, 2010, págs. 168-72

EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta, y CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel: «Conclusiones generales: derechos y principios en los Estatutos de Autonomía», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 345-363.

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

GARRIDO CUENCA, Nuria: «La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero», en VV.AA.: *Derechos sociales y Estatutos de autonomía, Denominaciones de origen, Nuevo Estatuto del PDI Universitario. Actas del IV Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo*, Lex Nova, Madrid, 2009, págs. 113-233.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», en *Derechos sociales y Estatutos de autonomía, Denominaciones de origen, Nuevo Estatuto del PDI Universitario. Actas del IV Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo*, Lex Nova, Madrid, 2009, págs. 13-112.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Eficacia y garantía de los derechos», en BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 91-114.

PISARELLO PRADOS, Gerardo: «Derechos y garantías jurisdiccionales en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número extraordinario 1, 2010, págs. 173-78.

PORRAS NADALES, Antonio: «Los derechos sociales en el nuevo Estatuto de Andalucía» en RUIZ-RICO, G. y otros (Eds.): *El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Un enfoque comparado y multidisciplinar*, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Jaén, 2007, págs. 219-232.

—: «Capítulo II. Derechos y Deberes», en TEROL BECERRA, M. (Ed.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 105-115.

RODRÍGUEZ, Ángel: «Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, págs. 227-265.

—: «Capítulo IV. Garantías de los derechos estatutarios», en TEROL BECERRA, M. (Ed.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 141-156.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco: «La garantía jurisdiccional de los derechos estatutarios», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Ed): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 115-136.

SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio: «Derechos colectivos y derechos "comunitarios" o autonómicos», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 49-50, vol II (2007), págs. 41-78.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71 (1991), págs. 87-109.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. DERECHOS Y PRINCIPIOS. I. Garantías de los derechos y garantías de los principios estatutarios. II. Los «derechos reconocidos en el Capítulo II». III. La jurisprudencia constitucional sobre las garantías de los derechos estatutarios. C. LOS SUJETOS PASIVOS DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS. I. Sujetos pasivos públicos. II. Sujetos pasivos privados. III. La plena efectividad. D. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS POR EL PARLAMENTO Y LA REGLA DE MAYORÍA. I. La reserva de ley. II. El «contenido estatutario» del derecho.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 El Título I del Estatuto, dedicado a los derechos sociales, los deberes y las políticas públicas, se cierra con un Capítulo IV, rubricado «garantías», cuya primera disposición es el art. 38 EAAnd, que establece la «vinculación de los poderes públicos y de los particulares» a los derechos estatutarios. Quedan garantizadas, además, la protección jurisdiccional de los derechos (art. 39 EAAnd), la efectividad de los principios rectores (art. 40 EAAnd) y su defensa por el Defensor del Pueblo Andaluz (art. 41 EAAnd). Como es apreciable, el capítulo presenta una estructura similar a la del correspondiente capítulo de garantías (también el IV) de las libertades y derechos fundamentales proclamados por la CE: no sólo ambos capítulos se cierran con las respectivas disposiciones sobre el Defensor del Pueblo (arts. 54 CE y 41 EAAnd), sino que la división en tres apartados del art. 53 CE, dedicados, respectivamente, al desarrollo de los derechos, su protección jurisdiccional y la efectividad de los principios rectores, parece reflejarse en la distribución de contenidos seguida por el estatuyente andaluz para los arts. 38, 39 y 40 EAAnd. Se trata, probablemente, de uno de los artículos de la declaración de derechos del Estatuto donde más claramente se pone de manifiesto que ésta se ha concebido, en algunos aspectos, «a imagen y semejanza del Título I de la Constitución» (en palabras, aplicadas en general a las declaraciones de derechos de algunos Estatutos reformados, de EXPÓSITO GÓMEZ, E.-CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2008, pág. 345).
- 2 Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el entendimiento correcto de las garantías de los derechos y principios estatutarios establecidos en este capítulo exige conocer, además, lo dispuesto con carácter sustantivo para cada uno de ellos en los Capítulos II (derechos y deberes) y III (principios rectores de las políticas públicas) y lo regulado por las «disposiciones generales» del Capítulo I, particularmente sobre la titularidad (art. 12 EAAnd) y el alcance e interpretación (art. 13 EAAnd) de los derechos y principios. Todo ello condiciona, del modo que se explica en los respectivos comentarios, el despliegue de las garantías que se establecen en el art. 38 y ss EAAnd, y pondera en sus justos términos las similitudes con el sistema de garantías constitucionales. En todo caso, la reproducción parcial del modelo constitucional refleja la preocupación del estatuyente andaluz por acompañar el establecimiento de los derechos estatutarios del correspondiente sistema de garantías, una preocupación que, con independencia de los problemas de interpretación que pueda generar, «debe en todo caso ponderarse positivamente» (PORRAS NADALES, A., 2007, pág. 230).

El art. 38 EAAAnd tiene un triple cometido, con base en el cual se ordenarán los distintos epígrafes de este comentario. En primer lugar, establece cuáles son los sujetos pasivos de los derechos estatuarios, distinguiendo entre sujetos públicos («todos los poderes públicos andaluces») y privados («los particulares»), pero «dependiendo de la naturaleza de cada derecho». En segundo lugar, se proclama un principio general de interpretación de estos derechos, el del «sentido más favorable a su plena efectividad». Por último, el artículo contiene un mandato al Parlamento para que desarrolle los derechos, ordenando que se respete el contenido estatutario de los mismos y que se determinen, en su caso, las prestaciones y servicios que se les vinculan. Antes de comentar esas cuestiones, sin embargo, dedicaremos el siguiente epígrafe a identificar cuáles son los derechos a los que se aplican todas estas garantías, y al modo en el cual el Estatuto los diferencia, a este respecto, de los principios rectores de las políticas públicas. <sup>3</sup>

## B. DERECHOS Y PRINCIPIOS

La regulación de las garantías del Capítulo IV permite confirmar, por una parte, que para el Estatuto los derechos y los principios rectores de las políticas públicas son cosas distintas y que, por otra, las garantías estatutarias previstas para los primeros se aplican a todos los derechos por igual. La primera jurisprudencia constitucional sobre los derechos y principios en los Estatutos reformados, formulada sobre los recogidos en el EAV (STC 247/2007) y en el EAC (STC 31/2010), pero con una evidente vocación de generalidad, parece apuntar, sin embargo, en una dirección distinta, introduciendo matices importantes a la única distinción que expresamente establece el EAAAnd, la que se da entre garantías de los derechos y garantías de los principios, y obligando a establecer, en la misma medida, otra que el Estatuto no contempla, diferenciando, también por sus garantías, entre diversos tipos de derechos. <sup>4</sup>

### I. Garantías de los derechos y garantías de los principios estatutarios

Las diferencias entre derechos y principios las marca el texto estatutario desde el primer momento, al establecer la titularidad de unos y otros (v. el comentario al art. 12), y están presentes en la propia estructura del Título I, que, como se acaba de decir, los regula en sitios distintos, reservando, respectivamente, el Capítulo II para los derechos y el Capítulo III para los principios. Es cierto que esa distinción estatutaria debe luego confrontarse con cada una de las disposiciones concretas que contemplan los derechos, y que algunos de ellos se encuentran, como ocurre en la propia CE, establecidos mediante un lenguaje claramente principal, cuando no con un contenido normativo escaso o meramente retórico, un fenómeno que se extiende sobre no pocos de los derechos de los Estatutos reformados. Sobre el mismo se han hecho consideraciones críticas que pueden compartirse (SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., 2007, pág. 46, lo califica de «fraude lingüístico»), aunque sin olvidar que ya se vertieron, con parecido tenor, sobre las normas programáticas de los primeros Estatutos (en las que fue prolijo el andaluz de 1981; ver las consideraciones al respecto de LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 70). <sup>5</sup>

En todo caso, lo que ahora conviene resaltar es que el Capítulo IV del Estatuto prevé garantías distintas para principios y para derechos: sobre los principios rectores de las políticas públicas, y no sobre los derechos, recae en exclusiva la de «efectividad» que <sup>6</sup>

contempla el art. 40 EAAAnd. Y, al contrario, sólo a estos últimos, pero no a los principios, se aplican tanto las contempladas en el art. 38 EAAAnd como la protección jurisdiccional del art. 39 EAAAnd, que se establece, por remisión, para «los derechos mencionados en el artículo anterior». Común a derechos y principios, sin embargo, es la defensa de los mismos encomendada al Defensor del Pueblo (y ello aunque el tenor literal del art. 41 EAAAnd, matizado, a este respecto, por el art. 128 EAAAnd, parezca sugerir lo contrario).

- 7 Que, salvo esta última, las garantías sean distintas para derechos y para principios estatutarios no es sólo una nota más que incrementa las diferencias existentes entre ambas categorías, sino un dato crucial para comprender su distinta naturaleza, pues el diferente modo de garantizar derechos y principios es, precisamente, la diferencia más relevante entre unos y otros. La especificidad de los derechos, y lo que permite diferenciarlos de los principios rectores, son las garantías que se prevén en exclusiva para ellos y que, en el Estatuto, son consecuencia de la proclamación del art. 38 EAAAnd de que se trata de derechos que «vinculan a todos los poderes» de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, CAA). Por el contrario, el régimen de los principios rectores se caracteriza porque su reconocimiento y protección, según el art. 40 EAAAnd, sólo «informarán» las normas legales y reglamentarias y porque no podrán ser protegidos jurisdiccionalmente sin una previa interposición del legislador.
- 8 Las diferencias entre los derechos y los principios rectores del Estatuto no son sino un trasunto, *mutatis mutandis*, de las que existen entre los derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica que establece la Constitución. No quiere decirse con ello que derechos y principios tengan la misma naturaleza en el EAAAnd y en la CE (v. al respecto los comentarios a los arts. 12 y 13), sino que la presencia, en ambos textos, de derechos y principios permite comparar la relación que entre unos y otros establece la CE en el nivel constitucional con la que, en su propio nivel, establece el Estatuto. Es en este sentido que puede resaltarse la evidente influencia, ya comentada, que las disposiciones estatutarias al respecto han recibido de lo que constitucionalmente se establece sobre derechos y principios: de aquéllos, dice la CE que «vinculan a todos los poderes públicos», que su desarrollo deberá hacerse mediante una ley que «deberá respetar su contenido esencial» (art. 53.1 CE) y que su tutela podrá recabarse ante los tribunales (art. 53.2 CE, añadiendo a continuación que, en su caso, podrá interponerse también el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional); de éstos, que su reconocimiento, respeto y protección «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», y que será necesaria la interposición del legislador para su alegación en sede jurisdiccional (art. 53.3 CE). Menos la protección de los derechos estatutarios mediante el recurso de amparo ante el TC, todas las garantías de los derechos y principios constitucionales que establece el art. 53 CE se han contemplado, si bien con importantes precisiones que afectan a la interpretación adecuada de cada una de ellas, por los arts. 38, 39 y 40 EAAAnd.

## II. Los «derechos reconocidos en el Capítulo II»

- 9 El Estatuto precisa los derechos a los que se aplican los arts. 38 y 39 EAAAnd señalando uno de ellos de modo expreso («la prohibición de discriminación del artículo 14») y refiriéndose a los demás con la remisión genérica a «los derechos reconocidos en el



Capítulo II». Esas referencias permiten identificar claramente cuáles son los derechos sobre los que se proyectan las garantías, pero, dado que ese capítulo no está a su vez dividido en subapartados (ésta es otra diferencia con respecto a la Constitución, que, como se sabe, divide el Capítulo II del Título I en dos secciones), obliga también a no realizar, desde el punto de vista de las garantías, distinciones ulteriores entre ellos. La sistemática estatutaria apunta, pues, a que las garantías del art. 38 EAAnd (y las del 39) se proyectan por igual sobre todos los derechos estatutarios, una proyección que sólo podrá venir matizada por lo que el propio Estatuto disponga con respecto a algunos derechos en concreto, en relación con los cuales podrá establecer otras que deberán considerarse, en todo caso, adicionales. Por ejemplo, las exigencias del art. 105 EAAnd suponen un refuerzo de las garantías del derecho estatutario a concurrir como elector o candidato a las elecciones al Parlamento de Andalucía [art. 30.1.a) EAAnd], al que no es aplicable sólo la reserva de ley que genéricamente establece para todos los derechos el art. 38. EAAnd (ver más adelante), sino la exigencia de que la ley que los desarrolle sea aprobada, además, por mayoría absoluta. Pero, salvo este tipo de especificidades, propias del régimen de cada derecho, no es posible emplear las garantías de los arts. 38 y 39 EAAnd para distinguir entre diversos grupos de derechos estatutarios (aunque sí, desde una perspectiva más amplia, para comparar el régimen de garantías de los derechos que se establece en los distintos Estatutos reformados con el del Estatuto andaluz: la opinión doctrinal más extendida al respecto es que éste se sitúa, junto con los de Cataluña y Castilla y León, entre los más garantistas: ver PORRAS NADALES, A., 2007, pág. 230; ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 102; SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., 2008 págs. 122-24; APARICIO, M. A.-BARCELÓ, M., 2008, pág. 24).

La aplicación de lo dispuesto en los arts. 38 y 39 EAAnd a todos los derechos del Estatuto y la manera asistemática en la que éste los ha establecido (el Estatuto no clasifica sus derechos, aunque sí sus competencias) hacen, por lo demás, que sea difícil su ordenación en grupos. Es cierto que siempre cabría hacer una tipología de los derechos por su contenido. Así, por ejemplo, se han clasificado los derechos del EAAnd (ver PORRAS NADALES, A., 2009, pág. 105) en derechos políticos y derechos sociales, agrupando estos últimos los relacionados con las grandes políticas sociales de la CAA (educación y sanidad), otros derechos prestacionales, los derechos de perfil asistencial y los nuevos derechos de dimensión personal. Clasificaciones similares se podrían hacer sobre otras declaraciones estatutarias de derechos (EXPÓSITO, E., 2007, pág. 173 y ss divide, en general, los derechos de los Estatutos reformados en cinco categorías: derechos relativos a la *igualdad* y a la *no discriminación*, de *participación*, frente a la *Administración*, *socioeconómicos* y, en las comunidades autónomas con varias lenguas oficiales, *lingüísticos*). Pero no deja de ser también notorio que en las declaraciones de derechos de los Estatutos reformados, y señaladamente en la del andaluz, parece latir una vocación genérica de superar los criterios de clasificación tradicionales y, desde luego, la distinción clásica entre generaciones de derechos más (los civiles y políticos) y menos (los sociales) protegidos (GARRIDO CUENCA, N., 2009, pág. 157, llega a hablar por ello de que, con los nuevos Estatutos, estamos ante «una nueva pedagogía de los derechos»).

No obstante, existe un criterio de clasificación genuino y propio de los derechos estatutarios, revelador por una parte de su peculiar naturaleza jurídica, y útil por otra a la hora de resolver los problemas que pueda generar su interpretación: su relación con

los derechos constitucionales. En el caso del Estatuto andaluz, partiendo de la existencia o no de un derecho constitucional previo sobre el que el Estatuto establece a su vez los suyos (de una «duplicación» o no de derechos constitucionales, en palabras de CANOSA USERA, R., 2009, pág. 134), podemos distinguir hasta cuatro grupos distintos de derechos (v. RODRÍGUEZ, A., 2008, pág. 238 y ss, y una clasificación similar hecha sobre los derechos del EAC en APARICIO, M. A.-BARCELÓ, M., 2008, págs. 28-38).

- 12 En primer lugar, las concreciones estatutarias del derecho constitucional a la igualdad, entre las que podrían incluirse el derecho estatutario a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (art. 15 EAAnd) y los derechos que proclaman el acceso en condiciones de igualdad a una serie de prestaciones sociales, como las propias del sistema público de servicios sociales (art. 23.1 EAAnd), las viviendas de promoción pública y las ayudas para las mismas (art. 25 EAAnd), el empleo público (art. 26 EAAnd), el disfrute de los recursos naturales, del entorno y del paisaje (art. 28 EAAnd), y la cultura y el disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos (art. 33 EAAnd). A ellos habría que añadir la cláusula estatutaria de no discriminación del art. 14 EAAnd.
- 13 En segundo lugar, los derechos del Estatuto que añaden un contenido propio a otros derechos constitucionales, lo que incluiría los derechos estatutarios a la participación política (art. 30 EAAnd), a la protección de datos personales (art. 32 EAAnd), a la educación (art. 21 EAAnd) y al trabajo (art. 26 EAAnd), todos ellos recogidos expresamente en la CE (arts. 23, 18.4, 27 y 35 CE); también deberíamos incluir en este mismo grupo el derecho estatutario a la declaración de voluntad vital anticipada y a la dignidad en el proceso de muerte (art. 20 EAAnd), en virtud de su estrecha relación con el derecho a la vida del art. 15 CE, y las prestaciones establecidas en el derecho estatutario al acceso a la justicia (art. 29 EAAnd) que puedan relacionarse con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).
- 14 El grupo más numeroso lo compondrían, en tercer lugar, los derechos que dotan de contenido estatutario a opciones de políticas públicas previamente constitucionalizadas en el Capítulo III del Título I CE como principios rectores de la política social y económica; se encontrarían en este grupo los arts. 17 EAAnd (protección de la familia), 18 EAAnd (menores), 19 EAAnd (mayores), 22 EAAnd (salud), 24 EAAnd (discapacidad o dependencia), 25 EAAnd (vivienda), 27 EAAnd (consumidores) y 28 EAAnd (medio ambiente).
- 15 Finalmente, el Estatuto contempla algunos derechos que, al menos en el momento actual de nuestra jurisprudencia constitucional, no pueden considerarse recogidos en la Constitución, ni bajo la forma de derechos constitucionales ni como principios rectores de la política social y económica y que, en este sentido, podemos calificar de «nuevos» (pero sólo en ese, ya que, como suele ocurrir también en otros Estatutos reformados, muchos de ellos han sido previamente recogidos en textos internacionales; ver EXPÓSITO, E.-CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2008, pág. 357). El catálogo de los mismos es también bastante amplio, y cubriría, al menos, siete derechos estatutarios: el derecho de las mujeres a la protección integral contra la violencia de género (art. 16 EAAnd), el derecho de los menores a la protección y atención integral (art. 18 EAAnd) y los derechos a la renta básica (art. 23.2 EAAnd), a la buena administración (art. 31 EAAnd), al acceso a las tecnologías de la información (art. 34 EAAnd), al respeto a la

orientación sexual y a la identidad de género (art. 35 EAAAnd). Se incluye también en este grupo el derecho a la promoción de las consultas populares (a las que se refiere el art. 30 EAAAnd) cuando no supongan ejercicio del art. 23 CE.

El art. 38 EAAAnd (y, por remisión, el 39) despliega sus garantías expresamente sobre todos los derechos que se acaban de mencionar. Mayor complejidad tendría hacerlas igualmente extensibles a otras disposiciones estatutarias situadas extramuros del Capítulo II, que podrían encerrar, a pesar de su ubicación asistemática, derechos estatutarios: éste podría ser el caso de determinadas prestaciones relacionadas con la administración de justicia, distintas de las previstas en el art. 29 EAAAnd, que se regulan en el Título V, y de las garantías estatutarias de la libertad de expresión, cuando ésta se ejerce por los medios de comunicación social, que pueden encontrarse en el Título VIII.

16

### III. La jurisprudencia constitucional sobre las garantías de los derechos estatutarios

Aunque, a la hora de establecer sus garantías, el Estatuto no distingue entre unos derechos y otros y sí entre derechos y principios, la exégesis de sus disposiciones no puede ignorar que las SSTC 247/2007 y 31/2010 han introducido, aunque con variaciones significativas entre una y otra sentencia, matices importantes a esta decisión del estatuyente. Estos matices nacen de la doctrina del TC acerca de los límites que tienen los Estatutos de Autonomía cuando establecen derechos subjetivos de los ciudadanos y afectan tanto a las garantías del art. 38 EAAAnd (a ellas nos referimos a continuación) como a la protección jurisdiccional establecida en el art. 39 EAAAnd (a cuyo comentario nos remitimos para ese punto). Parten de la virtualidad que parece atribuir el TC para generar una nueva clasificación de los derechos estatutarios a la naturaleza del título competencial autonómico en el que se basa cada uno de ellos (v. también sobre lo que sigue los comentarios a los arts. 12 y 13).

17

En efecto, la proclamación en la STC 247/2007 (FJ 12º) de la constitucionalidad de las declaraciones estatutarias de derechos supuso admitir que la regulación de las relaciones de los poderes e instituciones autonómicas con los ciudadanos forma parte del contenido legítimo de un Estatuto de autonomía, pero no porque éste se encuentre constitucionalmente incondicionado, sino porque es posible encuadrar esa regulación en lo previsto por la Constitución, particularmente en el art. 147 CE. En la misma sentencia, cuando, desde esta misma óptica, el TC se plantea si las relaciones entre las instituciones y los ciudadanos pueden regularse en los Estatutos mediante el establecimiento de derechos subjetivos de estos últimos, limita esa posibilidad a las ocasiones en las que la Constitución así lo ha previsto expresamente, como ocurre, por ejemplo, con los derechos lingüísticos, o cuando se trate de contenidos incluidos en los Estatutos en virtud de la atribución del art. 147.2 c) CE, que contempla como materia propia de la norma estatutaria «la [...] organización [...] de las instituciones autonómicas propias», ya que esa organización puede exigir establecer derechos de los ciudadanos, como son los relacionados con la participación política. Sin embargo, para los contenidos estatutarios que tengan como fundamento la previsión constitucional genérica que permite incluir en los Estatutos «las competencias asumidas dentro del marco de la Constitución» [art. 147.2.d) CE], la atribución competencial sigue siendo condición necesaria pero no ya suficiente para el establecimiento de un «verdadero» derecho subjetivo. En esos casos es imprescindible el concurso del legislador

18

autonómico, sin cuya interposición el Estatuto de Autonomía no puede «establecer por sí mismo derechos subjetivos en sentido estricto, sino [sólo] directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos», y ello «cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los Estatutos» (STC 247/2007, FJ 15.º c).

- 19 En todo caso, cuando la STC 247/2007 tuvo que dirimir la naturaleza del único derecho estatutario impugnado, «el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad» establecido en el art. 17.1 EAV, llegó efectivamente a la conclusión de que éste debía considerarse un mero «mandato a los poderes públicos autonómicos», pero dedujo este carácter no tanto de los títulos competenciales que le servían de fundamento (los establecidos en los arts. 49.1.16, 49.3.3 y 50.6 EAV) sino, sobre todo, en lo que el propio Estatuto establecía al respecto: así, el Tribunal destacó que la exégesis del precepto permitía llegar a la conclusión de que, tal como estaba enunciado, tenía como «rasgo distintivo el de no ser ejercitable de modo directo e inmediato en vía jurisdiccional», concluyendo que, por ello, «se situa[ba] en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los poderes públicos valencianos» (STC 247/2007, FJ 18.º).
- 20 La STC 31/2010 introdujo matices importantes en la doctrina de la STC 247/2007, no sólo en relación con las declaraciones estatutarias de derechos (v. AGUDO ZAMORA, M., 2011), sino, como es sabido, en muchos otros aspectos (una crónica general de esa sentencia puede verse en ARROYO JIMÉNEZ, L., y NIETO GARRIDO, E., 2011). En los aspectos competenciales, la corrección de algunos de los presupuestos de la STC 247/2007 ha supuesto, ciertamente, una reducción de la virtualidad de las normas estatutarias para completar el marco constitucional (sobre ello, BARCELÓ I SERRAMALERA, 2001, págs. 61 y ss). En el caso de los derechos, sin embargo, no es homogéneo el diagnóstico general sobre la naturaleza de los cambios introducidos por el TC. En un sentido, se ha resaltado que la segunda sentencia «es más proclive a su reconocimiento» (ÁLVAREZ CONDE, E., y TUR AUSINA, R., 2010, pág. 175), un reconocimiento que permitiría «enfocar de cara al futuro la cuestión de la naturaleza y funciones de los derechos estatutarios de un modo más claro» (CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2010, pág. 155); en otro, que se trata de una «resolución de continuidad» con respecto a la primera en la que no sería posible encontrar pronunciamientos innovadores (EXPÓSITO, E., 2010, pág. 168) y que ha mantenido, en general, un «tono restrictivo» en la caracterización de los derechos estatutarios (PISARELLO, G., 2010, pág. 173).
- 21 La diferencia más importante entre ambas es que en la STC 31/2010 no se reitera la tesis, formulada como se ha visto en la STC 247/2007, de que sólo los derechos estatutarios ligados a la «organización institucional» de la Comunidad Autónoma pueden generar por sí mismos auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. Es cierto que la STC 31/2010 (FJ 16.º) se remitió a la STC 247/2007 para confirmar que en el EAC existen algunos derechos estatutarios carecen de esa capacidad, y que no son sino mandatos a los poderes públicos, pero se valió, para decantar la naturaleza del derecho estatutario en uno u otro sentido, en lugar del título competencial en virtud del cual la Comunidad Autónoma haya podido proclamarlo, a lo que el propio Estatuto establece. Ello ha permitido a algunos autores afirmar que el Tribunal ha abandonado la controvertida distinción entre derechos «institucionales» y «competenciales» (CARRILLO, M., 2011, pág. 104, que afirma por ello que la sentencia «sembla no excloure que l'Estatut pugui preveure drets sRICTU SENSU vinculats a competències»). En

materia de derechos, y a diferencia de lo ocurrido en materia competencial, la «desactivación» del EAC por la STC 31/2010 sería, entonces, «más aparente que real» (los términos en BARCELÓ I SERRAMALERA, 2011, pág. 88; de «desactivación» sin adjetivos habla, sin embargo, EXPÓSITO, E., 2011 pág. 492).

En todo caso, desde el punto de vista de las garantías que establece el art. 38 EAAAnd, la doctrina constitucional que se ha reseñado (no completamente perfilada, como se acaba de ver) plantea dos tipos de problemas: en primer lugar, identificar cuáles serían los derechos estatutarios que no podrían considerarse «derechos subjetivos en sentido estricto» sino sólo «mandatos a los poderes públicos autonómicos». En segundo lugar, precisar cuáles serían las consecuencias de esa consideración. 22

Con respecto a la primera cuestión, la aplicación estricta de los criterios manejados por la SSTC 247/2007 incluiría en todo caso en el primer grupo los derechos estatutarios relacionados con la participación de los ciudadanos, pero también, en una interpretación amplia de los mismos, los derechos que imponen a las instituciones autonómicas una determinada «organización», como el derecho a la buena administración o a la protección de datos personales. Es, además, posible que, de prevalecer este criterio jurisprudencial, asistamos en el futuro a una progresiva ampliación de lo que debe entenderse por «organización de las instituciones autonómicas» como punto de conexión para distinguir un derecho subjetivo de un principio estatuario, con el resultado de ir progresivamente engrosando el listado de los primeros, hasta llegar a incluir derechos que simplemente imponen a las instituciones organizarse de tal modo que se provean para los ciudadanos determinadas prestaciones. 23

Con respecto a la segunda cuestión, hay también que precisar que el TC anuda la condición de «mandato» a los poderes públicos de determinados derechos estatutarios al hecho de su exigibilidad directa e inmediata en sede jurisdiccional, pero queda menos precisada la idea de hasta qué punto, al perder el carácter de auténticos derechos subjetivos, pierden también la nota de indisponibilidad para el legislador. La propia STC 247/2007, que es, como se ha visto, donde de modo más contundente se sustenta la tesis de que las competencias asumidas por las comunidades autónomas en virtud del art. 147.2.d) CE no permiten a los Estatutos establecer verdaderos derechos subjetivos sino sólo principios o normas programáticas, proclama inmediatamente después de formular esta tesis que «se trata, en ambos casos, de mandatos *al legislador* y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles *prescripciones que son vinculantes para los mismos* con independencia de la veste de que se revistan», y que, como todas las prescripciones estatutarias «habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto» [FJ 15.º c), cursiva añadida]. 24

## C. LOS SUJETOS PASIVOS DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS

### I. Sujetos pasivos públicos

Aunque el encabezamiento del art. 38 se refiere a la «vinculación de los poderes públicos» a los derechos establecidos por el Estatuto, el articulado enseguida aclara que se trata de «todos los poderes públicos andaluces», definiendo de este modo el sujeto 25

pasivo público de los derechos estatutarios. Cada uno de los términos de esta doble precisión (sólo los poderes públicos andaluces, pero todos ellos) plantea sus propios problemas de interpretación.

26 La afirmación de que sólo los poderes públicos andaluces están vinculados por los derechos estatutarios excluye la posibilidad de que alguno de estos derechos pueda vincular a otras comunidades autónomas o al Estado. La precisión del Estatuto es oportuna, pues la exigencia de que las prestaciones asociadas a los derechos estatutarios sólo puedan proveerse si la CAA tiene competencias para ello (v. el comentario al art. 13) no impide necesariamente, por sí sola, que puedan existir derechos que vinculen también a otros poderes públicos, pues ello dependerá en todo caso de la capacidad de la competencia autonómica en cuestión para establecer esa vinculación. En el caso de que una competencia autonómica pudiera generar obligaciones para otros poderes públicos, entre éstas se encontraría también el respeto de los derechos que el Estatuto pudiera haber establecido en relación con su despliegue. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este particular con ocasión de su análisis de los derechos lingüísticos establecidos por el Estatuto reformado de Cataluña, declarando conforme a la Constitución la previsión del art. 37.1 EAC, según el cual los derechos lingüísticos del Estatuto «vinculan también a la Administración General del Estado en Cataluña» (STC 31/2010, FJ 26.º). No obstante, conviene también precisar que las Cortes Generales enmendaron la propuesta de reforma catalana estableciendo que, en todos los demás casos, los derechos estatutarios vincularían exclusivamente a los poderes públicos de aquella Comunidad. En el caso andaluz no fue necesaria una enmienda de esa naturaleza, toda vez que la consideración de los poderes públicos andaluces como único sujeto pasivo público de los derechos estatutarios estaba presente en la propuesta de reforma andaluza desde el primer momento.

27 Debe también precisarse que la vinculación exclusiva a los «poderes públicos andaluces» debe entenderse extensiva a todos ellos, lo que exige incluir también a las administraciones locales de la Comunidad Autónoma, y ello aunque las disposiciones concretas que establecen los distintos derechos estatutarios no empleen, cuando mencionan el sujeto pasivo del derecho, expresiones totalmente equivalentes: en ocasiones la referencia es simplemente a «los poderes públicos» (como en los derechos a la renta básica, a la vivienda o al respeto a la orientación sexual), añadiendo a veces el matiz de que los poderes públicos vinculados son los «de Andalucía» (derechos de las personas mayores) o los «de la Comunidad Autónoma» (derecho a la educación). Cuando el derecho que se establece se ejerce ante la Administración Pública, también la referencia a ésta se hace de manera genérica en ocasiones (como en el primer inciso del derecho a la buena administración), en otras aclarando que se trata de las administraciones públicas «andaluzas» (en el derecho a la protección de datos) o en otras, en fin, ampliando o reduciendo, según los casos, el catálogo preciso de poderes públicos vinculados: por ejemplo, extendiéndolo a todas «las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía» (en el derecho de acceso a los archivos y registros) o, en sentido contrario, limitándolo al «ámbito de la Junta de Andalucía» (en el derecho a la participación institucional de sindicatos y organizaciones empresariales). Existe, además, al menos un derecho estatutario que sólo puede ejercerse ante una administración local: el derecho a promover la convocatoria de consultas populares por los ayuntamientos.

Ante esta variedad de formulaciones, hay que acudir a una interpretación extensiva de la expresión «poderes públicos andaluces» que emplea el art. 38 al proclamar la vinculación de los derechos. En este contexto, «andaluces» debe pues considerarse un término que pueda abarcar la totalidad de los poderes públicos mediante los cuales se organiza la Comunidad Autónoma en un sentido amplio, incluyendo no sólo la Administración autonómica sino también los entes en los que ésta se organiza territorialmente, y que según el art. 89 EAAnd son los municipios, las provincias y demás entidades territoriales que puedan crearse por ley. Admitida la posibilidad de que el art. 38 garantice los derechos estatutarios vinculando a todos esos poderes públicos, habrá que estar luego a la naturaleza de cada derecho, y a la concreta disposición que lo establece, para dilucidar en cada caso ante qué sujetos públicos puede específicamente ejercerse. 28

Con todo, el principal problema que plantea la exégesis del art. 38 EAAnd en este inciso no lo origina la interpretación de qué debe entenderse por «poderes públicos andaluces», sino la medida en la cual la extensión a «todos» los que tengan esa naturaleza debe incluir al Parlamento de Andalucía. Por razones de sistemática, la vinculación del legislador autonómico a los derechos estatutarios se trata más adelante, en el último epígrafe de este comentario, al estudiar el mandato al Parlamento para que los desarrolle. 29

## II. Sujetos pasivos privados

El art. 38 establece también que los derechos estatutarios tienen un sujeto pasivo privado, puesto que pueden vincular no sólo a los poderes públicos sino también a los «particulares», si bien ello depende «de la naturaleza de cada derecho» (en el mismo sentido se pronuncian el art. 37.1 EAC y el art. 17.1 EACL). El estatuyente parece terciar a este respecto en la cuestión de la eficacia horizontal o *Drittwirkung* de los derechos, optando a este respecto por una solución similar a la del Tribunal Constitucional cuando se ha planteado este mismo problema en relación con los derechos constitucionales (desde la STC 18/1984, FJ 6.º). Así, será la naturaleza de cada derecho estatutario la que determine si éste es exigible sólo ante los poderes públicos o si puede ejercerse también *inter privatos* (si bien el propio Estatuto limita a renglón seguido la garantía de su protección jurisdiccional a las vulneraciones procedentes de actos de poderes públicos, v. el comentario al art. 39). Dada la naturaleza prestacional de la mayoría de estos derechos, las posibilidades de ejercicio entre particulares no son muy elevadas. Con todo, pueden encontrarse algunos especialmente idóneos, al menos según su formulación estatutaria, para esta modalidad de ejercicio, como el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres «en todos los ámbitos» (art. 15 EAAnd), el derecho a la protección de los consumidores (art. 27 EAAnd), el derecho al respeto a la orientación sexual (art. 35 EAAnd) o el derecho de acceso en condiciones de igualdad a todos los centros educativos (también los privados) sostenidos con fondos públicos (art. 21 EAAnd). 30

En todo caso, la cláusula competencial sobre el alcance de los derechos estatutarios (art. 13 EAAnd) y la jurisprudencia constitucional que exige que éstos se basen en un título competencial suficiente, que habilite a la Comunidad Autónoma para proveer las prestaciones que se asocian al derecho (SSTC 247/2007, FJ 15.º, y 31/2010, FJ 16.º), 31

deben considerarse también aplicables a los casos en los que estos derechos tengan eficacia entre particulares. No sólo ello, sino que esa eficacia horizontal podría llegar a plantear, desde este punto de vista, problemas de mayor envergadura que los suscitados en relación con los sujetos pasivos públicos y, desde luego, de una naturaleza bien distinta de los que plantean los derechos constitucionales. Téngase en cuenta que la Constitución puede, sin ningún tipo de ataduras previas, establecer sobre los ciudadanos los deberes que estime oportunos, y por ello no puede dudarse de la corrección de la doctrina del TC sobre la eficacia horizontal de los derechos constitucionales: el deber de soportar, como sujeto pasivo, el ejercicio del derecho constitucional de un tercero (pues no otra cosa supone su ejercicio entre privados) sólo puede venir condicionado por la naturaleza propia del derecho, y puede sin duda exigirse en la medida en que esa naturaleza lo permita. Pero el deber de soportar, como sujeto pasivo, el ejercicio por un tercero de un derecho estatutario debe condicionarse no sólo a la naturaleza del derecho en cuestión, sino a la naturaleza del título competencial que habilita a la Comunidad Autónoma para su establecimiento. Podría, en este sentido, ocurrir que el título competencial fuera idóneo para erigir a los poderes públicos autonómicos en sujetos pasivos de un derecho estatutario, pero no suficiente como para generar en los particulares la misma obligación. Es por ello que la expresión «dependiendo de la naturaleza de cada derecho» que emplea, a estos efectos, el art. 38 EAAAnd debe interpretarse en un sentido amplio, incluyendo también la naturaleza del título competencial en el que el derecho estatutario debe basarse. La caracterización de la competencia autonómica debe tener también efectos dirimentes sobre la posibilidad de que los derechos estatutarios tengan eficacia horizontal.

- 32 Por otra parte, es obvio que la solución al problema de la *Drittwirkung* de los derechos estatutarios no pasaba por erigir en exclusivos sujetos pasivos privados de los mismos a los que tuvieran la condición política de andaluz, como pareció querer el art. 38 EAAAnd en un determinado momento de su tramitación parlamentaria, cuando el pleno del Parlamento sustituyó la vinculación a los «particulares», que ya aparecía en la proposición inicial de reforma, por otra limitada a «los ciudadanos andaluces». La oportuna enmienda de las Cortes Generales, corrigiendo aquella desacertada decisión, permitió volver a la redacción original.

### III. La plena efectividad

- 33 El inciso del art. 38 EAAAnd que ordena que los derechos deban ser «interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad» es, como evidencian los propios términos en los que se recoge, una cláusula interpretativa, y no está ligada, en sentido estricto, a la vinculación de poderes públicos y particulares que establece esta disposición. De hecho, el Estatuto recoge, en distintas partes de su articulado, otras dos cláusulas semejantes (RODRÍGUEZ, A., 2008, págs. 234-35), relativas a la interpretación de los derechos: la que establece el art. 13 EAAAnd al disponer que los derechos y principios estatutarios no pueden limitar o reducir derechos o principios constitucionales al ser «interpretados» (pero que es también una cláusula sobre el «desarrollo» y la «aplicación» de estos derechos) y la específica sobre el interés del menor del art. 18.2 EAAAnd, que establece que éste (recogido en el Estatuto como «el beneficio de las personas menores de edad») primará en la interpretación y aplicación de la legislación aplicable a éstos.



Interpretar los derechos estatutarios «en el sentido más favorable a su plena efectividad» es la traducción estatutaria del principio *favor libertatis*. A pesar de que no es infrecuente su proclamación en declaraciones de derechos de los más distintos niveles, y con independencia de que la cláusula debería haberse hecho extensiva también a los principios rectores del Capítulo III (de hecho, es de mayor utilidad, dada la naturaleza de los principios, en esa sede), lo cierto es que son escasas las posibilidades de su aplicación efectiva. Fruto de la tendencia, que el propio Estatuto consolida, de incrementar cada vez más el catálogo de derechos protegidos, será frecuente que el límite que permite restringir un derecho estatutario sea otro bien jurídico que a su vez se haya reconocido también como derecho estatutario, con lo que es imposible una interpretación de los mismos tendente a la plena efectividad de ambos. La dificultad de aplicar el principio *favor libertatis* en todos los casos de conflicto de derechos reduce drásticamente su utilidad. 34

#### D. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS POR EL PARLAMENTO Y LA REGLA DE MAYORÍA

El segundo inciso del art. 38 EAAAnd regula el desarrollo de los derechos estatutarios mediante un mandato al Parlamento para que apruebe las correspondientes leyes de desarrollo, ordenando que ésta respete el contenido que el Estatuto haya dispuesto para cada derecho. Además, y como consecuencia directa del carácter prestacional de la mayoría de los derechos estatutarios, se exige que la ley de desarrollo determine, en su caso, las prestaciones y servicios vinculados a su ejercicio. 35

#### I. La reserva de ley

La dicción literal, en este punto, del art. 38 EAAAnd, «El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo [...]» no ofrece dudas acerca de la reserva de ley formal que se establece para el desarrollo de los derechos estatutarios, permitiendo interpretar en este mismo sentido la mayoría de las numerosas referencias a «la ley» o «las leyes» presentes en muchas de las disposiciones específicas que los regulan. 36

Hay que tener en cuenta que el art. 53.1 CE ya establece una reserva de ley sobre los derechos constitucionales, que se aplica también a las comunidades autónomas cuando éstas acometen la regulación del régimen jurídico de uno de estos derechos en un ámbito material sobre el que recaigan sus propios títulos competenciales (así desde la STC 37/1981, FJ 2.º). En consecuencia, aun antes de la reforma estatutaria de 2007, nuestro ordenamiento, por esta vía, ya reservaba a la ley autonómica andaluza la regulación, en los ámbitos materiales de competencia de la CAA, de determinados derechos constitucionales. A algunos de estos derechos, como se ha visto más atrás, el Estatuto reformado añade prestaciones adicionales en forma de derechos estatutarios; con respecto a ellos, por lo tanto, la reserva de ley del art. 38 EAAAnd no supone en puridad ninguna innovación. 37

No ocurría lo mismo, sin embargo, con respecto a los derechos estatutarios en los que se protegen principios constitucionales rectores de la política social y económica, sobre los que la Constitución no establece una reserva equivalente, ni tampoco sobre los nuevos derechos que contempla el Estatuto pero no la Constitución, sobre cuyo 38

desarrollo, lógicamente, nada puede ésta decir. La virtualidad del art. 38 EAAnd supone pues extender a todos los derechos del Capítulo II del Título I del Estatuto una reserva de ley idéntica a la del art. 53.1 CE, con independencia de si se trata o no de derechos previamente contemplados por la Constitución.

- 39 Ahora bien, lo anterior debe entenderse siempre condicionado a la posibilidad de que pueda esgrimirse un título competencial en el que pueda basarse la ley autonómica de desarrollo. Este título habrá de buscarse necesariamente en una disposición de carácter competencial distinta de la que proclama el derecho estatutario (v. el comentario al art. 13), y para el que por lo tanto tampoco puede servir de exclusivo fundamento la reserva del art. 38 EAAnd. Su mandato no podrá pues considerarse aplicable cuando el Estatuto establezca un derecho pero la CAA carezca de los títulos competenciales idóneos para desarrollarlo. En esas circunstancias, la remisión a la ley que puede encontrarse en la disposición específica que regule un determinado derecho estatutario debe entenderse referida a una ley del Estado. Este podría ser el caso, por ejemplo, del derecho al respeto de la voluntad vital anticipada «en los términos que establezca la ley» (v. el comentario al art. 20 EAAnd). Además, siempre que, por esta razón, el desarrollo del derecho no pueda entenderse remitido a la ley autonómica, el término «ley» usado por el Estatuto deberá interpretarse en su sentido más amplio, pues en ningún caso la norma estatutaria podrá imponer al Estado la obligación de regular una determinada materia mediante una ley formal. La remisión estatutaria sólo podría llevar aparejada una reserva de ley estatal cuando así se dedujera, no del Estatuto, sino de la propia Constitución, es decir, cuando el Estado incidiera en el régimen jurídico de un derecho estatutario mediante el desarrollo de un derecho constitucional. De nuevo el ejemplo del derecho al respeto a la voluntad vital anticipada que se acaba de citar puede ser ilustrativo de este tipo de situaciones..
- 40 Por otra parte, y en los casos en los que fuera aplicable la reserva de ley autonómica por tratarse de derechos estatutarios que la CAA, al contar con las correspondientes competencias, puede efectivamente desarrollar, lo establecido en el art. 38 EAAnd impide que ese desarrollo sea llevado a cabo por decreto-ley o decreto legislativo (en tal sentido, CÁMARA VILLAR, G., 2007, pág. 36). Es decir, debe entenderse que esa disposición estatutaria incorpora una reserva negativa de estas normas autonómicas con fuerza de ley, introducidas *ex novo* (como los propios derechos estatutarios) en el ordenamiento andaluz por el Estatuto de 2007. Así lo confirma, por lo demás, el propio régimen estatutario de estas normas, que excluye de la posibilidad de delegación legislativa, entre otras materias, «las leyes relativas al desarrollo de los derechos y deberes regulados en este Estatuto» [art. 109.2 d) EAAnd] e impide que el decreto ley pueda «afectar», entre otros, «a los derechos establecidos en este Estatuto» (art. 110.1 EAAnd). En todo caso, la similitud en la redacción apunta a una interpretación de estas normas estatutarias, al menos en cuanto a su no idoneidad para «desarrollar» o «afectar» a los derechos estatutarios, en un sentido análogo a la de las prescripciones que en relación con los derechos constitucionales contienen los arts. 82 y 86 CE.
- 41 Finalmente, aunque el art. 108 EAAnd contempla expresamente tres categorías de leyes autonómicas cuya aprobación requiere la mayoría absoluta del pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto, las leyes de desarrollo de los derechos estatutarios no se encuentran entre ellas (sólo se incluyen las que afecten a la organización territorial, a la organización de las instituciones básicas y al régimen electoral). Los derechos estatutarios no exigen, pues, para su desarrollo de esta suerte de legislación *orgánica* autonómica, a menos

que así se establezca expresamente, como hace el propio art. 108 EAAnd (y también el art. 105 EAAnd, como se dijo más atrás) en relación con la ley electoral, con la evidente incidencia en el derecho estatutario de participación política.

¿Qué consecuencias puede tener para estas previsiones sobre el desarrollo de los derechos estatutarios la doctrina de las SSTC 247/2007 y 31/2010? La pregunta puede ser pertinente dado que estas sentencias asimilan (aunque con las matizaciones que ya se han hecho anteriormente) algunos derechos estatutarios a principios rectores de las políticas públicas, de modo que cabría plantearse si esa asimilación obligaría a interpretar la exigencia de una ley autonómica de desarrollo en el mismo sentido que la remisión a las «leyes que lo desarrollen» que sobre los principios estatutarios contiene el art. 40 EAAnd, es decir, sin derivar de ella la exigencia de una ley formal (lo mismo ocurre, como se sabe, con la remisión idéntica que contiene, en relación con los principios rectores constitucionales, el art. 53.3 CE). Se trata, en otras palabras, de responder a la pregunta de si la doctrina constitucional que considera algunos derechos estatutarios (meros) principios rectores tiene consecuencias no sólo para la aplicabilidad directa y accionabilidad jurisdiccional de los mismos (v. el comentario al art. 39) o para la indisponibilidad de su «contenido estatutario» por los poderes públicos andaluces (v. lo que se dice en el epígrafe siguiente), sino también sobre la exigencia de que se excluya la posibilidad de su regulación mediante normas distintas de la ley. 42

En principio, la respuesta a este interrogante debería ser negativa (RODRÍGUEZ, A., 2009, pág. 147). La jurisprudencia constitucional que puede obligar a considerar que algunos derechos estatutarios, en virtud del título competencial en el que se basen, actúan en realidad como principios rectores autonómicos no afecta al establecimiento de reglas que, desde un punto de vista formal, ordenen el sistema de fuentes de la Comunidad Autónoma, disponiendo qué tipo de normas serán aptas para el desarrollo de unos u otros. La reserva de ley formal para el desarrollo de los derechos estatutarios no es una nota que, necesariamente, deba considerarse exclusiva de éstos *stricto sensu* e inaplicable a los principios rectores por su propia naturaleza. Las previsiones estatutarias sobre su exigencia deberían pues entenderse plenamente aplicables tras las SSTC 247/2007 y 31/2010. Dicho de otro modo, el Estatuto podría haber dispuesto un sistema de reservas de normas de desarrollo para los principios estatutarios similar al que ha establecido para los derechos, lo que, con independencia del juicio que pudiera merecer la oportunidad o la idoneidad técnica de tal medida, no habría mudado su naturaleza: habrían seguido siendo principios, no derechos. Al no ser la previsión de una específica norma de desarrollo una nota que necesariamente distinga entre derechos y principios, la jurisprudencia constitucional que puede obligar, en determinados casos, a considerar unos como otros, no exigiría reinterpretar también el sistema de reservas estatutario. En consecuencia, puede afirmarse que todos los derechos estatutarios sobre los que la CAA tenga los pertinentes títulos competenciales, incluso aquéllos que la jurisprudencia constitucional pudiera obligar a considerar principios rectores, deben ser desarrollados por una ley aprobada en el Parlamento de Andalucía. 43

## II. El «contenido estatutario» del derecho

La plena constitucionalidad del mandato del art. 38 EAAnd en cuanto ordena que sea el Parlamento el que, mediante ley, desarrolle todos los derechos estatutarios puede también 44

afirmarse analizándolo desde otra perspectiva, la del respeto a la regla de mayoría. La reserva de ley formal no afecta, sino que por el contrario garantiza, que la mayoría parlamentaria de la CAA se erija en cada momento, con plena libertad de configuración, en legislador de los derechos estatutarios. La regla democrática de decisión por (simple) mayoría no sufriría, pues, ninguna merma por esta exigencia, salvedad hecha de las ocasiones en las que el propio Estatuto exige una mayoría cualificada. Por el contrario, la confrontación con la regla de mayoría del mandato, que el mismo art. 38 EAAAnd incluye, de que esa mayoría respete, en todo caso, el contenido de los derechos establecido por el Estatuto, presenta una complejidad mayor. La exigencia de que el Parlamento quede vinculado al contenido sustantivo que estatutariamente se haya dispuesto para cada derecho, o si se quiere, la «plena obligatoriedad» (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.<sup>a</sup>, 2006, pág. 64) de estos derechos sí obliga a precisar en qué medida el art. 38 EAAAnd puede restringir la libertad de configuración del legislador democrático.

- 45 Es cierto que puede considerarse pacífico (v. el comentario al art. 12) que las leyes autonómicas puedan establecer derechos de los ciudadanos, pero ello no conduce necesariamente a predicar lo mismo de los Estatutos, aunque esto último pudiera parecer (así lo ve LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 19) el *continuum* lógico o la «comprensible» (así la califica BALAGUER CALLEJÓN, F., 2007, pág. 337, II) consecuencia de lo primero. Y ello porque la ley, fruto del principio de mayoría, refleja la voluntad general del pueblo de la Comunidad Autónoma cuando establece este tipo de derechos, mientras que el Estatuto, de hacerlo, hurtaría a esa misma mayoría, y a su variable conformación en cada momento histórico, la posibilidad de decidir al respecto. La inevitable consecuencia de dotar de un contenido estatutario a los derechos vinculante para el legislador sería, desde ese punto de vista, la reducción de la capacidad de la Comunidad Autónoma para ejercer su propio autogobierno. Y ello conduciría, necesariamente, al cuestionamiento de la idoneidad del Estatuto que, como «norma institucional básica» (art. 147.1 CE), está llamado a garantizarlo, para admitir este tipo de restricciones al legislador autonómico.
- 46 Desde una perspectiva competencial, este problema puede abordarse como el de la legitimidad del Estatuto no sólo para asumir competencias, sino para hacerlo proyectando sobre ellas determinadas restricciones, en forma de derechos de los ciudadanos. Bajo este punto de vista, la cuestión podría resolverse afirmando la posibilidad de que el estatuyente decidiera asumir, junto con determinadas competencias, los límites que habría que respetar al ejercerlas («quien puede lo más, puede lo menos», ha afirmado al respecto BALAGUER CALLEJÓN, F., 2008, pág. 142, aunque en relación con los condicionantes, en este sentido similares, que sobre las competencias proyectan los principios rectores estatutarios). En un sentido similar, podría calificarse (así lo hace CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., 2007, pág. 35) de paradoja que al Estatuto, siendo norma de rango superior, le esté vedado hacer algo para lo que sin embargo estaría habilitada la ley autonómica que le está subordinada. Pero la existencia de una clara diferencia, de raíz competencial, entre el cometido del Estatuto y el de la ley autonómica tiene un claro fundamento constitucional: la ley llamada por el art. 53.1 CE a regular el régimen jurídico de los derechos constitucionales en determinados sectores materiales puede ser, ya se ha dicho, estatal o autonómica, pero debe ser, precisamente para preservar la regla de mayoría, ordinaria. Lo mismo cabría decir de las leyes que regulen el resto de los derechos estatutarios, aunque no tengan relación con los constitucionales. No resulta, pues, paradójico que el Estatuto no pueda hacer todo lo que la ley autonómica sí, en este caso descender a la regulación del régimen jurídico del derecho.

La prohibición que pesaría sobre el Estatuto de regular lo que no formara parte de su contenido constitucional asemejaría su lugar en el sistema de fuentes al que ocupan el resto de las leyes orgánicas, que tampoco pueden, como se sabe, excederse en su regulación más allá de lo que les está constitucionalmente reservado. Ahora bien, las funciones que cumplen los Estatutos en nuestro sistema constitucional son muy distintas de las del resto de leyes orgánicas, y por ello la comparación entre unos y otras no admite muchos paralelismos (por ejemplo, no es posible privar de carácter orgánico a todo lo que exceda al contenido que expresamente disponga la Constitución, como ocurre con otras leyes orgánicas cuando exceden su ámbito reservado; una propuesta en este sentido, al hilo de las consideraciones de la STC 247/2007, puede verse en FERNÁNDEZ FARRERES, G., 2007, págs. 88-93). Por el contrario, en ocasiones, la relación entre las leyes autonómicas y los Estatutos puede considerarse funcionalmente más próxima a la que existe entre la ley orgánica y la Constitución. Por ejemplo, como ya se ha dicho, en el carácter no competencial de la reserva de ley establecida por el art. 38 EAAAnd (CANOSA USERA, R., 2009, pág. 96), que se asemeja, en este punto, a la reserva de ley orgánica para el desarrollo de algunos derechos fundamentales del art. 81.1 CE.

¿A qué se aproxima más el Estatuto cuando establece un derecho estatutario, a la ley orgánica cuando desarrolla los derechos constitucionales o a la propia Constitución cuando los establece? Según el TC, a ninguna de las dos: cuando aborda las razones por las que el EAC no puede acometer el «desarrollo» de los derechos fundamentales constitucionales, aclara que, una vez que la Constitución ha realizado la proclamación y definición sustancial o contenido mínimo de un derecho fundamental, «se agota la función normativa necesaria en ese primer nivel de abstracción, al que sólo puede seguir ya la función de desarrollo»; pero ésta última nos es propia de una norma como el Estatuto, que, «como norma primera de un sistema normativo autónomo, tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios». Por eso, lo dicho por la Constitución no admite más adición estatutaria que su reproducción: en materia de derechos constitucionales, «la intervención del Estatuto sólo sería admisible si fuera reiterativa; esto es, si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución» (STC 31/2010, FJ 17.º)

Ahora bien, todas esas afirmaciones del Tribunal Constitucional se hacen siempre sobre los derechos constitucionales, derechos sobre los que, va de suyo, nadan pueden decir los Estatutos, que no pueden considerarse, efectivamente, norma idónea ni para su proclamación ni para su desarrollo. Pero, en tanto que «norma de cabecera» (STC 247/2007, FJ 6.º) del ordenamiento autonómico, la situación del Estatuto con respecto a los derechos propiamente estatutarios debe considerarse (con independencia del problema de la naturaleza de los contenidos adicionales que pueda suponer para determinados derechos constitucionales; v. el comentario al art. 13) muy distinta. Desde luego, no puede compartirse el razonamiento de que la sola remisión a la ley que pueda encontrarse en las disposiciones estatutarias que consagren derechos abone la tesis de que el contenido del mismo será creado exclusivamente por el legislador. Por el contrario, una cosa es la naturaleza jurídica, en este caso estatutaria, del derecho y otra la remisión que se haga a la ley, llamada, como en todos los derechos, a fijar las condiciones a las que debe ajustarse el ejercicio del mismo. Como se ha dicho a este respecto, «la necesidad de un desarrollo posterior no desustancializa *per se* al derecho en cuestión en lo relativo a su naturaleza, sino que lo ahorra en un determinado régimen jurídico» (CÁMARA VILLAR, G., 2009, pág. 287).

- 50 En definitiva, conviene recordar que la indisponibilidad por el legislador andaluz del contenido estatutario de los derechos del Capítulo II del Estatuto (y de la prohibición de discriminación del art. 14) es, probablemente, su principal virtud, y sin duda su principal diferencia con respecto a los principios rectores que el propio Estatuto consagra (y, posiblemente, con respecto a los derechos de otros Estatutos reformados: como destaca CANOSA USERA, R., 2009, pág. 13, sólo el Estatuto andaluz contiene una exigencia de esta naturaleza). Constituye lo que podríamos llamar, en un sentido no estricto, pues vincula sólo a los poderes constituidos de la CAA, el «contenido esencial» de estos derechos (usan expresamente el término, entre otros, ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 113, y AGUDO ZAMORA, M., 2008, pág. 301). Además, el establecimiento de un contenido indisponible, con independencia del término con el que queramos denominarlo, se deduce claramente, como se ha visto, de la propia arquitectura del Estatuto. En la voluntad del estatuyente, sería pues el Estatuto, y no la ley, el que crea el derecho subjetivo a la prestación, por lo que la ley no podrá desconocerlo con el pretexto de acometer su regulación.
- 51 En todo caso, en la medida en que, como establecen las SSTC 247/2007 y 31/2010, algunos derechos estatutarios deban considerarse meros principios rectores, es preciso reconocer que, en ellos, la amplísima libertad del legislador para configurarlos, hasta el punto de decidir si mediante ese desarrollo se generan o no derechos subjetivos, modula de manera muy relevante la existencia de un contenido estatutario concebido como «recordatorio enérgico» al Parlamento sobre su carácter indisponible (el término, en SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA J. J., 1991, pág. 103, glosando las tesis de HESSE y HÄBERLE sobre el contenido esencial de los derechos). La cuestión debe, pues, dejarse a la exégesis de cada derecho, en función de la cual podrá establecerse la existencia de un contenido estatutario indisponible para el legislador autonómico, para cuyos elementos habrá que estar a la concreta formulación del mismo recogida por la correspondiente disposición estatutaria. Sólo así se podrá dilucidar hasta qué punto éste lo ha formulado «en su plenitud» (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 111), es decir, estableciendo claramente la prestación concreta en la que el derecho consiste.
- 52 Finalmente, para que la existencia de un contenido estatutario indisponible para todos los poderes públicos de la CAA no conduzca a un Parlamento sin libertad de configuración suficiente, habrá que establecer límites a la congelación de rango de estos derechos que se produce por su consagración en el Estatuto. Así, además de los límites *ad extra* que se derivan de las competencias del Estado y, antes, si el derecho está en la CE, de lo que del mismo es competencialmente intangible (su contenido esencial constitucional y, en su caso, su desarrollo establecido por la Ley Orgánica, v. sobre todo ello el comentario al art. 13), hay también que referirse a los límites *ad intra* o autonómicos, que, con independencia de los anteriores, se trasgredirían siempre que el Estatuto no se limitara a «prefigurar» el derecho y se adentrara, por el contrario, en una detallada «configuración» del mismo (tomo los términos de BALAGUER CALLEJÓN, F., 2004; en un sentido parecido, APARICIO, M. A.-BARCELÓ, M., 2008, pág. 20, hablan de que los derechos estatutarios deben «prefigurar positivamente la acción normativa»). Una configuración excesiva del derecho en el Estatuto sí podría llegar a vulnerar la libertad de configuración propia del legislador autonómico. El Estatuto, desde esta perspectiva, podrá, por así decir, lo menos, aquí entendido como quedarse en los «aspectos más genéricos» del derecho (en el sentido propuesto por CARRILLO, M., 2007, pág. 64), pero no lo más, o sea, descender al detalle de su configuración legal (en sentido contrario, considerando poco relevante esta cuestión, LÓPEZ MENUÑO, F., 2009, pág. 73).

**Artículo 39. Protección jurisdiccional**

*Los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20915])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21062]).

***Artículo 39. Protección jurisdiccional***

*Los actos de los poderes públicos que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23670]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23906]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24262]).

***Artículo 39. Protección jurisdiccional***

*Los actos de los poderes públicos que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 9]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 206]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 258]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 310]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 98]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 38.2); Castilla y León (art. 17.1).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].



## E. JURISPRUDENCIA

STC 247/2007, FJ 15.º

STC 31/2010, FF.JJ. 27.º, 32.º y 43.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AGUDO ZAMORA, Miguel: «Capítulo III. Principios Rectores de las Políticas Públicas», en TEROL BECERRA, M. (Ed.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 117-139.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, «Los derechos públicos estatutarios», en APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.): *Derechos y Principios Rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 13-35.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: «La posible defensa de los derechos estatutarios por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en APARICIO, M. A., y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (Eds.): *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 169-192.

BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè: «Las declaraciones de derechos y deberes estatutarios. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña», en CASTELLÁ, J. M.<sup>a</sup>, y OLIVETTI, M. (Eds.): *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 133-150.

CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel: «La competencia autonómica en materia procesal. Evolución y perspectivas tras las nuevas reformas estatutarias», en APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (Eds.): *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 19-50.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Derechos, deberes y principios rectores», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (et ál.): *Estatuto de Andalucía. Novedades respecto del Estatuto de 1981*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 23-43.

CANOSA USERA, Raúl: «El encaje constitucional de las declaraciones estatutarias de derechos», en VERA SANTOS, J. M.<sup>a</sup>, y DÍAZ REVORIO, F. J. (Eds.): *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 83-153.

CARRILLO LÓPEZ, Marc: «La declaración de derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos», en FERRERES, V., BIGLINO, P., y CARRILLO, M. (Eds.): *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 63-88.

CASCAJO CASTRO, José Luis: «Breves reflexiones sobre las garantías de los derechos estatutarios», en APARICIO, M. A., y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (Eds.): *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 139-160.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5 (2008), págs. 1-48.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: «Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», Cívitas, Madrid, 2007.

FERRERES COMELLA, Víctor: «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en FERRERES, V., BIGLINO, P., y CARRILLO, M. (Eds.): *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 9-38.

FOSSAS ESPALDER, Enric: «Derechos estatutarios y recurso de amparo», en APARICIO, M. A., y BARCELÓ i SERRAMALERA, M. (Eds.): *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 161-168.

GARCÍA TORRES, Jesús: «Los derechos estatutarios en la propuesta catalana de reforma», en VV.AA.: *El Estado Autonómico. Actas de la XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 57-74.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», en Derechos sociales y Estatutos de autonomía, Denominaciones de origen, *Nuevo Estatuto del PDI Universitario. Actas del IV Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo*, Lex Nova, Madrid, 2009, págs. 13-112.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Función, contenido y posición en el ordenamiento estatal y autonómico del Estatuto», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Eds.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Cívitas, Madrid, 2008, págs. 103- 118.

NIEVA FENOLL, Jordi: «Los mecanismos de tutela de los derechos estatutarios», en VV.AA.: *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, págs. 113-130.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Eficacia y garantía de los derechos», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Ed.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 91-114.

PI I LLORENS, Monserrat: «Derechos Estatutarios, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en APARICIO, M. A., y BARCELÓ i SERRAMALERA, M. (Eds.): *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 193-199.

REBOLLO PUIG, Manuel: «El derecho propio de Andalucía y sus fuentes», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (Eds.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Cívitas, Madrid, 2008, págs. 119-258.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco: «La garantía jurisdiccional de los derechos estatutarios», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Ed.): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 115-136.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22 (2008), págs. 315-335.

TUDELA ARANDA, José: «La ideología en el Estatuto de Autonomía de Extremadura. Derechos y principios. La reacción frente a la emulación», en SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, J. J., (Ed.): *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 149-94.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL «ORDINARIA» DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS. C. EL «AMPARO AUTONÓMICO». D. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS.

### A. INTRODUCCIÓN

El art. 39 EAAnd, segundo del Capítulo IV, dedicado a las «garantías», del Título I del Estatuto, lleva por rúbrica «protección jurisdiccional». Al igual que el artículo que le antecede (v. el comentario al art. 38, que regula la «vinculación de los poderes públicos y los particulares»), establece una garantía de los derechos estatutarios recogidos en el Capítulo II de ese título y de la prohibición de discriminación del art. 14 EAAnd, a los que el art. 39 EAAnd se refiere de manera indirecta como «los derechos mencionados en el artículo anterior». La accionabilidad ante los tribunales de los derechos del Estatuto que aquí se regula es, pues, exclusiva de estos derechos y no se aplica a los principios rectores de las políticas públicas contemplados en el Capítulo III de este mismo título, para los que el Estatuto establece en otra disposición (v. el comentario al art. 40) mecanismos de garantía específicos. <sup>1</sup>

De la garantía de protección jurisdiccional de los derechos estatutarios dice el art. 39 EAAnd que cubre las vulneraciones que lleven a cabo sus sujetos pasivos públicos –los «poderes públicos de la Comunidad»– y que consiste en un recurso del que sólo se especifica que será «ante la jurisdicción correspondiente» y «de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado». Hay que tener también en cuenta que esta escueta regulación, diferida prácticamente en su totalidad al legislador estatal, se completa con lo que, por su parte, establece el art. 140.1 EAAnd, que dispone que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) es el competente, entre otros asuntos, «para tutelar los derechos reconocidos en el presente Estatuto», si bien también allí se añade que «en los términos establecidos por la ley orgánica correspondiente». <sup>2</sup>

En los epígrafes siguientes comentaremos las tres principales cuestiones que suscita la interpretación de este mecanismo de garantía: en primer lugar, el sentido de la remisión a la legislación procesal del Estado y la regulación de lo que podríamos llamar la protección jurisdiccional «ordinaria» de los derechos estatutarios; en segundo lugar, la posibilidad, que el Estatuto deja abierta, de implantación de un procedimiento específico de protección de estos derechos ante el TSJA, lo que en este comentario denominaremos «amparo autonómico»; y, por último, los interrogantes que se abren cuando los derechos estatutarios que se protegen por los tribunales consisten en <sup>3</sup>

prestaciones adicionales añadidas a un derecho fundamental constitucional, entre ellos la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se erija también, en esos casos, en garante subsidiario de los mismos.

## B. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL «ORDINARIA» DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS

- 4 Contra lo que pudiera parecer a primera vista, en los Estados que, a pesar de ser descentralizados, cuentan con un único poder judicial no siempre se excluye que los entes subestatales tengan sus propias competencias en materia procesal. En los diferentes modelos que nos muestra el derecho comparado (v. CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., 2010, pág. 20 y ss) pueden encontrarse sistemas que combinan esas dos variables de diferentes maneras: estableciendo para cada ente subestatal un poder judicial propio que debe sin embargo aplicar un derecho procesal único (Suiza); admitiendo, por el contrario, que sea un poder judicial central el que aplique normas procesales propias de los entes subestatales (Alemania); un modelo, que podríamos considerar doblemente descentralizado, en el que el poder judicial y las normas procesales específicas de la federación coexisten con los poderes judiciales y la legislaciones procesales subestatales (el «federalismo judicial» de Estados Unidos o Canadá); o, en fin, en la que sería la alternativa menos descentralizadora, la existencia simultánea de un único poder judicial y la atribución en exclusiva al Estado central de las competencias sobre normas procesales.
- 5 De este último modelo se podría citar como ejemplo a España, pero con algunos matices: aunque hay efectivamente un solo poder judicial en todo el Estado, las comunidades autónomas pueden tener sus propias competencias sobre administración de justicia, y aunque la legislación procesal se considera competencia estatal exclusiva, la Constitución aclara que ello es así «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.6.ª CE).
- 6 Ahora bien, aunque en el Estatuto andaluz de 2007 se han asumido competencias en materia de administración de justicia (arts. 145-155 EAAnd), no ha sido así en cuanto a las normas procesales derivadas del derecho propio de Andalucía, con la única excepción, muy limitada (y probablemente tributaria de la idea, innecesariamente restrictiva, de que el único derecho sustantivo propio capaz de justificar competencias procesales es el de naturaleza civil) que contempla el art. 47.5 EAAnd, que precisa que la Comunidad Autónoma «ostenta facultades para incorporar a su legislación aquellas figuras jurídico privadas que fueran necesarias para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución».
- 7 Por ello, en nuestra Comunidad Autónoma carece de sentido plantearse si el establecimiento de derechos estatutarios podría considerarse «derecho sustantivo» propio a los efectos de que de los mismos pudieran derivarse las «necesarias especialidades» en el orden procesal que, incluso dentro de la muy restrictiva jurisprudencia constitucional al respecto, podrían a su vez justificar una supuesta competencia autonómica en cuanto a los procedimientos de su protección jurisdiccional.

Al no haber asumido Andalucía competencias en materia procesal, y en la medida en que la consagración de los propios derechos estatutarios no permite, por sí sola, crearlas (v. el comentario al art. 13), es lógico que la remisión del art. 39 EAAAnd no se haga de modo genérico, como en otras ocasiones dispone el Estatuto, a la ley (así era en la propuesta que el Parlamento aprobó para su presentación ante las Cortes Generales), sino, expresamente, a un legislador en concreto (el estatal) y a una modalidad precisa de ley (la procesal). En definitiva, dada la falta de competencias autonómicas, la protección jurisdiccional de los derechos estatutarios en Andalucía sólo puede regirse, como ocurre con el resto de los procedimientos judiciales que se sustancian en la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo establecido «por las leyes procesales del Estado». Nada podrá pues regular a este respecto el legislador andaluz.

8 Sin embargo, y aun reconociendo la parca regulación estatutaria sobre la protección jurisdiccional de los derechos estatutarios (de «muy vaga y genérica» la califica CÁMARA VILLAR, G., 2007, pág. 36), de lo que se acaba de decir no se debe deducir que esta garantía deba entenderse diferida a la aprobación futura por parte del Estado de un procedimiento específico para que éstos puedan ser accionables en vía judicial, entendiéndola en suspenso hasta ese momento. Aceptar esa hipótesis equivaldría a situar al legislador procesal, en relación con los derechos estatutarios, en una posición análoga a la que tiene el legislador sustantivo con respecto a los principios rectores, que sólo pueden alegarse ante los tribunales «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 40 EAAAnd). Por el contrario, el distinto papel que en esta cuestión juegan la ley procesal y la ley sustantiva, y la diferente naturaleza de los principios rectores y de los derechos estatutarios, nos deben llevar a la conclusión de que estos últimos, siempre que el Estatuto los haya establecido como tales derechos subjetivos con un contenido sustantivo propio, no necesitan de la aprobación de un procedimiento específico para poder ser tutelados por los tribunales de justicia.

9 Es cierto que la primera jurisprudencia constitucional recaída sobre los derechos estatutarios los ha equiparado en parte con normas programáticas o mandatos al legislador, con una naturaleza similar, en este sentido, a los principios rectores. Ahora bien, esa identificación debe matizarse en lo relativo a su protección jurisdiccional, sin duda uno de los aspectos cruciales en los que el régimen jurídico de los derechos estatutarios se diferencia del de los principios rectores del Estatuto (y, por ello, la «prueba de fuego» de aquéllos, en la gráfica expresión de SÁNCHEZ BARRILAO, F., 2008, pág. 116).

10 De entrada, no es en absoluto pacífica la doctrina que equipara derechos con principios en los Estatutos de autonomía. Desde su formulación en la STC 247/2007, esta orientación jurisprudencial ha suscitado una importante reacción crítica tanto en el seno del propio Tribunal (incluso para los votos particulares más reacios a los derechos estatutarios, que consideran igualmente insatisfactorio transmutar su naturaleza: v., por ejemplo, el del magistrado Vicente CONDE, FJ 4.º), como en la doctrina (v., a ese respecto, un desarrollo más amplio de lo que ahora se resume en el comentario al art. 12). Probablemente por ello, la argumentación de la STC 247/2007 no reapareció –no al menos en los mismos términos– en la STC 31/2010, a pesar de que la primera de estas sentencias fue concebida como una especie de «preludio de la gran cuestión» que habría de dilucidarse en la segunda (en palabras, escritas al poco tiempo de decidirse la STC 247/2007, aunque aplicadas a la relación en general entre ambas sentencias y no

sólo a la cuestión de los derechos, de FERNÁNDEZ FARRERES, G., 2007, pág.12). Pero no se trata sólo de las críticas que esa doctrina pueda merecer. Incluso aceptándola en los propios términos en los que se formula, la misma lleva implícita dos importantes precisiones que afectan directamente a la cuestión de la accionabilidad jurisdiccional de los derechos:

- 11 En primer lugar, la equiparación entre principios y derechos no se aplica a todos los derechos estatutarios, sólo a los que afecten a competencias asumidas por las comunidades autónomas en virtud de la previsión genérica del art. 147.2.d) CE, que habilita a los Estatutos para contener «las competencias asumidas dentro del marco establecido por la Constitución», pero no a los derechos que pudieran ser consecuencia del contenido estatutario previsto en el art. 147.2.c) CE, el relacionado con la «organización [...] de las instituciones autonómicas propias». La distinción del TC entre los derechos estatutarios que «pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos» y los que «requieren la colaboración del legislador autonómico» se basa en este criterio, interpretado por el Tribunal en función de si el derecho se ha contemplado por el Estatuto «en el ámbito de atribución competencial» o «en el ámbito institucional» (STC 247/2007, FJ 15.º). Ciertamente, un entendimiento estricto de este último permitiría incluir en él sólo el sufragio al Parlamento autonómico, precisamente el derecho que obliga al TC a construir la distinción entre unos y otros (aunque no el único que menciona expresamente, v. la STC 247/2007, FJ 15.º; el derecho de sufragio en las elecciones autonómicas es también el más destacado, a estos efectos, por la doctrina, en ocasiones como el único caso de derecho estatutario «en el ámbito institucional», v., por ejemplo, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., 2008, pág. 32). Pero un entendimiento amplio de los derechos institucionales podría también incluir en esa categoría todos los derechos que, con una suficiente intensidad, incidieran sobre el «ámbito institucional» de la Comunidad Autónoma, no sólo condicionando el procedimiento de elección de los miembros de algunos de sus órganos, sino afectando de otro modo a su organización o funcionamiento. Como es fácilmente apreciable, el propio criterio establecido por la STC 247/2007, así interpretado, goza de una virtualidad expansiva notable.
- 12 En segundo lugar, incluso en aquellos derechos estatutarios cuya naturaleza, según ese criterio, debiera incontrovertiblemente equipararse a las normas programáticas, la equivalencia destacada por el TC apunta al necesario desarrollo legislativo sustantivo, no procesal, para convertirlo en un «verdadero» derecho. La *interpositio legislatoris* que parece exigir el TC para que esos derechos estatutarios puedan dotarse de un contenido propio como derecho subjetivo que lo haga idóneo para ser alegado ante los tribunales sería necesaria porque, en su argumentación, carecerían de éste hasta que lo estableciera la ley de desarrollo. Lo decisivo para la protección jurisdiccional sigue siendo, pues, que el derecho subjetivo exista como tal, lo que podrá ocurrir, según los casos, bien por la simple consagración estatutaria (derechos «en el ámbito institucional»), bien por la conjunción de ésta y la acción del legislador (derechos «en el ámbito de la atribución competencial»), pero ni siquiera en este último caso sería necesario para activarla lo que sólo erróneamente podría considerarse el «desarrollo procesal» del derecho.
- 13 Todo ello abona la tesis de que la protección jurisdiccional de los derechos estatutarios es una cuestión que debe resolverse en función de la naturaleza de cada uno de ellos, es decir, siguiendo con la terminología del TC, dependiendo de si son o no

«verdaderos» derechos subjetivos, pero no de la existencia o no de un procedimiento específico para que los tribunales puedan protegerlos. Mantener lo contrario no sólo no sería coherente con la propia jurisprudencia constitucional que se acaba de citar, sino que nos haría retroceder a una concepción del ordenamiento en la que lo decisivo para poner en marcha la protección jurisdiccional no era la existencia de un derecho sino de una acción. Por el contrario, debe considerarse que, siempre que los derechos estatutarios encierren «verdaderos» derechos subjetivos, lo que, como se acaba de ver, dista mucho de estar claro, su accionabilidad jurisdiccional, como la de todos los derechos subjetivos, es un atributo inherente a los mismos, para los que no es necesario que se hayan establecido procedimientos específicos. En el resto, la intervención del legislador que debe considerarse necesaria tampoco lo es para establecer un determinado procedimiento de tutela, sino porque, en ellos, sería la ley la que crea el derecho subjetivo que la sola norma estatutaria no puede hacer brotar.

Es, evidentemente, posible, y en algunas ocasiones puede ser incluso deseable, que se establezca un procedimiento determinado de defensa de una modalidad concreta de derechos, de manera que éstos encuentren un cauce específico que sea idóneo para su protección por los tribunales. Pero la ausencia del mismo no podrá, en ningún caso, impedir su tutela. Es en este sentido que el art. 7.3 LOPJ establece, con carácter general, que «los juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión». En ausencia de un procedimiento específico, la protección jurisdiccional de los derechos estatutarios podrá pues tramitarse por los cauces comunes que prevén las leyes procesales generales en nuestro ordenamiento. 14

La STC 31/2010 contiene un interesante razonamiento en este sentido, al hilo de la impugnación de los arts. 38.2 y 95.1 EAC, que establecen, respectivamente (y en un sentido análogo al de los arts. 39 y 140.1 EAAnd), que los actos que vulneren los derechos estatutarios (y, en el caso catalán, los de la Carta de derechos que el propio Estatuto prevé) serán «objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes» y que éste es competente, «en los términos establecidos por la ley orgánica correspondiente», entre otras materias, «para tutelar los derechos reconocidos por el presente Estatuto». Pues bien, al desestimar la impugnación de estas disposiciones del EAC, el TC afirmó que la protección jurisdiccional de los derechos estatutarios que regulan no implica introducir «innovaciones procesales», ni altera «las reglas procesales comúnmente aplicables» a un «sistema procesal de garantía de los derechos y libertades dispuesto y regulado por el legislador del Estado en ejercicio de sus competencias propias» (STC 31/2010, FF.JJ. 27.º y 43.º). 15

Esa afirmación del Tribunal es coherente con la tesis que aquí se expone: lo establecido por los arts. 38.2 y 95.1 EAC (y la misma interpretación puede sostenerse en relación con los arts. 39 y 140.1 EAAnd) no impide que a los derechos estatutarios les sea aplicable el «sistema» de defensa jurisdiccional que, en general, contempla ya nuestro ordenamiento para los derechos de los ciudadanos. En tanto que no se aprueben normas procesales específicamente dirigidas a la defensa de estos derechos debe pues entenderse que forman parte de ese sistema los procedimientos comunes que, en cada orden jurisdiccional (civil, laboral, penal y contencioso administrativo) prevén nuestras leyes procesales generales. En esto consistiría la accionabilidad jurisdiccional directa 16

(a la que se refieren, con diversos términos, SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, J. J., 2008, pág. 333; BARCELÓ I SERRAMALERA, M., 2009, pág. 150; o AGUDO ZAMORA, M., 2009, pág. 138) de los derechos estatutarios.

- 17 Los FF.JJ. 27.º y 43.º de la STC 31/2010 culminan con dos consideraciones menos pacíficas: que, en consonancia con la línea restrictiva de su propia jurisprudencia sobre las competencias procesales que pueden asumir las comunidades autónomas, a la que ya se ha hecho referencia, la Comunidad Autónoma de Cataluña carecería de competencias para aprobar normas procesales de defensa de los derechos que establece el Estatuto catalán, y que las remisiones al TSJ de Cataluña de los arts. 38.2 y 95.1 EAC no suponen establecer un recurso específico para la defensa de los derechos estatutarios equiparable al recurso de amparo de los derechos constitucionales. Ya se ha dicho que la primera de estas cuestiones es irrelevante para nuestro análisis del Estatuto andaluz, puesto que, en nuestro caso, es pacífico que no existen esas competencias de naturaleza procesal. Sobre la segunda volvemos en el epígrafe siguiente.

### C. EL «AMPARO AUTONÓMICO»

- 18 En el epígrafe anterior hemos hecho referencia a la protección jurisdiccional «ordinaria» de los derechos establecidos por el Estatuto, entendiéndolo por tal la que se sustancia no sólo ante los denominados (por contraposición con el TC) tribunales ordinarios, sino mediante los procedimientos comunes que prevén las leyes procesales generales de los distintos órdenes jurisdiccionales. El «amparo autonómico» que ahora pasamos a analizar sería un mecanismo de tutela de estos derechos igualmente ordinario («amparo ordinario» de los derechos estatutarios lo llama GIMENO SENDRA, V., 2010, pág. 137), en el sentido de que de él entendería un órgano del Poder Judicial como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, pero cuya tramitación se llevaría a la práctica mediante un recurso o un proceso específicamente establecido para la defensa de esos derechos.
- 19 Hay que comenzar diciendo que una consecuencia directa de la tesis mantenida en el epígrafe anterior es que el art. 39 EAAnd no puede limitarse a garantizar que los derechos estatutarios son accionables en vía jurisdiccional, pues, como se ha dicho, esto va ya de suyo, y no depende del requisito procesal de que exista un procedimiento, sino del sustantivo de que exista un derecho. Si el art. 39 EAAnd dijera sólo esto, podría entonces considerarse redundante, un calificativo que podría en todo caso paliarse entendiéndolo como la disposición que no viene sino a confirmar, si bien a la hora de reconocer su tutela jurisdiccional, que, en el plano sustantivo, los derechos estatutarios son, precisamente, derechos. La reiteración, pues, en rigor seguiría siendo eso, sería probablemente conveniente para confirmar que deben descartarse otras interpretaciones, y disculpable por la emulación constitucional, ya comentada (v. el comentario al art. 38), patente en el entero capítulo estatutario dedicado a las garantías de los derechos, que copia, *mutatis mutandis*, lo que establece el Capítulo IV del Título I de la Constitución: así, el art. 40 EAAnd, que establece las garantías de los principios rectores, sería el que *sensu contrario* permitiría confirmar la diferente tutela que se dispensa a los derechos *ex* art. 39 EAAnd; una interpretación «enfrentada» de ambas disposiciones (el término lo usa SÁNCHEZ BARRILAO, F., 2008, pág. 126), que, en todo caso, recuerda la que se puede hacer comparando los apartados segundo y tercero del art. 53 CE.



Ahora bien, el art. 39 EAAAnd no se dedica sólo a confirmar que los derechos estatutarios son accionables directamente ante los tribunales de justicia, sino, emulando también en este punto al art. 53.2 CE, a prefigurar, además, un procedimiento específico para su defensa [un análisis similar sobre el art. 38.2 EAC en BARCELÓ I SERRAMALERA, M., 2009, pág. 150, para la que «la defensa de los derechos estatutarios ante la justicia es inmediata, sin que sea necesario que la ley regule un procedimiento especial [...] lo que sí dispone este precepto es la posibilidad de que, además de los procedimientos ordinarios actuales, la defensa de los derechos estatutarios pueda seguirse en un procedimiento especial»]. Es en este concreto sentido en el que el art. 39 EAAAnd no es redundante con ninguna otra disposición del Estatuto. 20

El término «prefigurar» con el que se describe este segundo contenido del art. 39 EAAAnd (el genuino de esta disposición) pretende poner de relieve que los contornos de ese procedimiento, e incluso su misma existencia, quedan tan sólo apuntados, pues el Estatuto los hace depender de la decisión que en su momento tome el legislador estatal (ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2008, pág. 109, se refiere a ello diciendo que las regulaciones estatutarias «abren implícitamente» esa posibilidad). Tanto es así que la propia dicción del art. 39 EAAAnd deja abierta varias opciones, entre las que se encuentra (además de la de no establecer procedimiento alguno), que ese procedimiento específico se configure sólo como un simple recurso o como un proceso especial. 21

En todo caso, ese proceso o recurso debería sustanciarse, aunque no necesariamente en primera instancia, ante el TSJA, competente según el art. 140.1 EAAAnd, como también ya se ha dicho, para «tutelar los derechos reconocidos por el presente Estatuto». Debe tenerse en cuenta que del TSJA dice también el Estatuto que es «la última instancia jurisdiccional de todos los procesos judiciales iniciados en Andalucía, así como de todos los recursos que se tramiten en su ámbito territorial, sea cual fuere el derecho invocado como aplicable» (art. 140.2 EAAAnd). Ello es así sin perjuicio de la competencia constitucionalmente reservada al Tribunal Supremo (art. 123.1 CE), que en todo caso debe entenderse conjuntamente con la atribución en exclusiva al TSJA de «la unificación de la interpretación del derecho de Andalucía» (art. 140.3 EAAAnd). 22

Este proceso o recurso no tendría por qué limitarse, además, a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque parece evidente que es en ella en la que pensaba el estatuyente cuando hizo decir al art. 39 EAAAnd que podrían ser su objeto las vulneraciones de derechos estatutarios que procedieran de «actos de los poderes públicos». Ya se ha insistido en que la accionabilidad de los derechos depende tan sólo de su naturaleza, y de ellos establece claramente el art. 38 EAAAnd que, según sea ésta, vinculan también a los particulares. Por lo tanto, debe mantenerse que, a pesar de no haberse previsto expresamente así, el proceso o recurso específico de defensa de los derechos estatutarios que prefigura el art. 39 EAAAnd podría suponer también, siempre según lo que establezca el legislador estatal, sendas garantías civiles, laborales o penales junto con la vía contencioso-administrativa. Por otra parte, ése es el sentido de que la propia disposición aclare, ciertamente que en franca contradicción con lo que ella misma parece querer indicar al referirse sólo a los actos administrativos, que el recurso podrá sustanciarse «ante la jurisdicción correspondiente». 23

- 24 En ocasiones se ha empleado la expresión «amparo autonómico» para referirse a ese eventual proceso o recurso para la protección de los derechos estatutarios ante el TSJ de la Comunidad Autónoma en un sentido crítico, entendiendo que con el mismo se pretendería asimilar por una parte los derechos estatutarios a los que establece la CE, y hacer por otra de los Tribunales Superiores de Justicia una especie de tribunales constitucionales de cada Comunidad Autónoma, todo ello en clara contradicción con lo dispuesto por la Constitución (GARCÍA TORRES, J., 2006, pág. 66; FERRERES COMELLAS, V., 2006, pág. 19; CANOSA USERA, R., 2009, pág. 153). En este comentario la expresión «amparo autonómico» no se usa en ese sentido crítico, aunque tampoco en el contrario: hablar de un amparo autonómico de los derechos estatutarios puede ser una manera clara de referirse a la vía por la cual el TSJ podría tutelarlos, y es bastante probable que, con independencia del *nomen iuris* por el que en su día opte el legislador, si es que llega a regularlo, la expresión haga cierta fortuna en la doctrina, del mismo modo que ocurrió con la de «amparo ordinario» para referirse al procedimiento (hoy en día procedimientos) basado en los principios de preferencia y sumariedad al que se refiere el art. 53.2 CE al regular la tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria.
- 25 En todo caso, la asepsia valorativa con la que aquí se usa el término exige que dediquemos algunas reflexiones a las dudas de constitucionalidad que podría ocasionar y, resultas estas, a la conveniencia o no de su implantación. Sobre lo primero, hay que remontarse también a lo ocurrido con las disposiciones del EAC similares a las que aquí comentamos. Como se sabe, la propuesta de Estatuto aprobada por el Pleno del Parlamento de Cataluña preveía la constitución en el seno del TSJ de aquella Comunidad Autónoma de una sala específicamente encargada de la tutela de los derechos estatutarios. Las Cortes Generales enmendaron ese apartado del entonces art. 37.2 de la propuesta, de la que desapareció la mención a la denominada «Sala de garantías estatutarias». La enmienda de las Cortes tuvo probablemente su origen (en este sentido, CARRILO, M., 2006, pág. 87) en la idea, sustentada ya por el Consejo Consultivo de Cataluña (Dictamen 269/2005, FJ 3.º), de que de esa manera se predeterminaba una nueva modalidad de órgano judicial, alterando la «disponibilidad funcional del legislador estatal», al tratarse de una materia reservada por el art. 122.1 CE a la LOPJ. La causa de la supresión de la Sala de garantías estatutarias de la versión del EAC finalmente aprobada por las Cortes parece pues encontrarse en que éstas creyeron que su establecimiento como órgano judicial invadía competencias estatales, pero sólo por la modificación que suponía en la estructura orgánica del TSJ, no por la atribución funcional que se le hacía para la tutela de los derechos estatutarios. Prueba de ello es que esa atribución no sólo siguió en el texto definitivo (arts. 38.2 y 95.1 EAC), sino que la STC 31/2010, como ya se ha visto, no apreció en ella ninguna causa de inconstitucionalidad.
- 26 Es cierto que, en su argumentación, el TC rechaza que el art. 95.1 EAC signifique «la posible creación de un recurso de amparo para la defensa de los derechos estatutarios equiparados a los fundamentales», como alegaban los recurrentes (STC 31/2010, FJ 43.º). Ahora bien, lo que el Tribunal descarta es que ese procedimiento se haya establecido por el art. 95.1 EAC, que tan sólo remite para ello a un legislador que, en el entendimiento del Tribunal, sólo puede ser estatal; pero sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de ese tipo de recurso, si eventualmente se estableciera. Pocas dudas

pueden pues haber acerca de la constitucionalidad de un «amparo autonómico» en Andalucía, si entendemos por tal la existencia de un recurso ante el TSJA para la tutela de los derechos que consagra el EAAnd, o incluso de un proceso especial encaminado a esa finalidad, siempre que el mismo venga regulado por el Estado (no existe «dificultad teórica alguna al respecto», afirma GIMENO SENDRA, V., 2010, pág. 137).

Cuestión distinta es que sea conveniente su establecimiento, sobre lo cual habría que distinguir entre las dos opciones que parece abrir el art. 39 EAAnd. En la primera de ellas, la más cercana a la interpretación literal del término «recurso» que emplea esta disposición, se trataría de completar la tutela jurisdiccional de los derechos estatutarios con el reconocimiento expreso de que su vulneración bastaría como alegación para impugnar actos administrativos o, en su caso (si bien no cabría hablar entonces, en puridad, de recurso), de particulares. Ese reconocimiento sólo sería necesario para regular los aspectos propiamente procesales de una nueva causa de impugnación, y ello exclusivamente en la medida en que el legislador optara por apartarse en alguno de esos aspectos (legitimación, plazos, etc.) de lo que se contempla ya en los diferentes órdenes jurisdiccionales con carácter general. 27

La segunda opción apunta, por el contrario, al establecimiento de un nuevo proceso, de carácter especial, específicamente diseñado para la defensa de estos derechos, que podría incluso llegar a suponer (o no) la modificación de la actual estructura orgánica del TSJA, estableciendo, por ejemplo, la sala especializada de garantías que figuraba en la propuesta de reforma del EAC aprobada por el Parlamento de Cataluña. Aquí las dudas de oportunidad son mayores: destacar las disfunciones de una excesiva proliferación de procesos especiales es un lugar común en la doctrina procesalista, en la que parece existir acuerdo en que sólo en pocas ocasiones la mejor opción ante una nueva modalidad de derecho sustantivo es crear un nuevo cauce procesal. La tutela de los derechos estatutarios no ha sido siempre vista como una excepción a esta regla (un posicionamiento a favor puede verse en CARRILLO, M., 2006, pág. 86 y ss), sino que, por el contrario, se ha tomado como una nueva ocasión para advertir, probablemente con razón, que «debe romperse con la costumbre, algo inveterada, de que cada vez que alguien legisla sobre una materia tiene la tendencia, errónea normalmente, a pensar que es preciso regular un procedimiento especial para que se sustancien más rápida y eficazmente los procesos que versen sobre el tema legislado» (NIEVA FENOLL, J., 2007, pág. 121; también desaconseja, en el mismo sentido, el procedimiento especial para la tutela de los derechos estatutarios GIMENO SENDRA, V., 2010, pág. 138). 28

En todo caso, la consideración del «amparo autonómico» como un procedimiento especial debería afrontar una dificultad que parece muy difícil de soslayar: su regulación, necesariamente estatal, nos llevaría casi inevitablemente a la existencia de un único procedimiento, idéntico para todas las comunidades autónomas, de tutela de los derechos estatutarios. Esa opción por la uniformidad parece disfuncional a la vista de que esos derechos no aparecen en todos los Estatutos. Las reformas estatutarias iniciadas en la VIII legislatura han sido muy diferentes entre sí a este respecto: no sólo los contenidos de las declaraciones de derechos han estado «presididos por la más pura heterogeneidad» (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 26, que reconoce que, entre ellas «no es posible encontrar ningún hilo conductor común»), sino que en algunos de los nuevos Estatutos se ha optado claramente por no prever mecanismos específicos de tutela jurisdiccional de los derechos estatutarios, o incluso por no incluir declaración alguna 29

de éstos. En las reformas más recientes, esta última opción se ha hecho, además, con una clara vocación de invertir la tendencia, que los primeros Estatutos reformados parecían haber inaugurado, a que éstos tengan su propia parte dogmática (de «reacción frente a la emulación» califica TUDELA ARANDA, J., 2011, pág.149, la opción por no incluir una declaración de derechos estatutarios en la reforma del Estatuto de Extremadura).

#### D. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS

- 30** Como es sabido, el Tribunal Constitucional actúa como última garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales consagrados en la CE mediante dos grandes tipos de procesos: en primer lugar, los de control de constitucionalidad de la ley, en los que, al formar las disposiciones constitucionales sobre derechos parte del parámetro con el que apreciar la contradicción entre ésta y la Constitución, la depuración objetiva del ordenamiento conlleva también una defensa mediata de esos derechos. Y, en segundo lugar, mediante el recurso de amparo, un procedimiento por el que el Tribunal entiende de manera directa, aunque subsidiaria, de las vulneraciones de algunos de ellos. En este epígrafe se explorará la posibilidad de que el TC pueda tutelar también, mediante alguna de estas vías, los propios derechos estatutarios. Por lo que hace a la primera de ellas, la cuestión principal es si podrán expulsarse del ordenamiento las normas autonómicas con rango de ley que fueran contrarias a los derechos estatutarios, y el papel que el Tribunal Constitucional podría tener al respecto. En cuanto a la segunda, si sería posible que, al menos en determinados casos, el TC entendiera de un recurso de amparo en el que el derecho cuya vulneración se alegara fuera un derecho estatutario.
- 31** El propio Tribunal Constitucional ha descartado que el control de validez de normas autonómicas con rango de ley por contradecir derechos estatutarios puedan ejercerlo otras instancias. Ese rechazo no es sino una consecuencia de nuestro modelo concentrado de jurisdicción constitucional y del valor de ley que ostentan las leyes autonómicas a efectos del monopolio de su rechazo por el propio TC, lo que en el caso andaluz viene confirmado por el propio Estatuto: el art. 115 EAAAnd establece, como ya hiciera el art. 45.1 del Estatuto de 1981, que «el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas de la Comunidad Autónoma con fuerza de ley corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional».
- 32** La inclusión de nuevos derechos en los Estatutos reformados no ha introducido ningún tipo de matices en esa situación, y el propio Tribunal ha mostrado su celo en la conservación de su monopolio declarando inconstitucional el intento del EAC de residenciar en el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña la posibilidad de dictaminar, con carácter vinculante para el Parlamento, la contradicción entre los proyectos o proposiciones de ley autonómica y alguno de los derechos contemplados en el Estatuto. La declaración de inconstitucionalidad del art. 76 EAC con el argumento de que se establece un control «en términos demasiado próximos» y «materialmente equivalente» al que sólo el TC puede ostentar (STC 31/2010, FJ 32.º) parece pues desterrar definitivamente la posibilidad de algún tipo de control difuso de la estatutariedad de las leyes autonómicas. Por otra parte, que la disposición derogatoria del EAAAnd derogue el Estatuto anterior, pero no contenga una cláusula genérica de

derogación de todas las leyes autonómicas que se le opongan, impediría también entender ese posible control difuso mediante una apreciación de derogación por «inestatoriedad sobrevenida» que podrían hacer los tribunales ordinarios, posibilitando así la inaplicación de las leyes autonómicas anteriores al Estatuto y contrarias a los derechos estatutarios, en un sentido análogo al que permite la disposición derogatoria tercera de la propia CE (sobre las posibilidades que, a ese respecto, podría abrir la disposición transitoria primera EAC en relación con los derechos estatutarios en Cataluña, v. FERRERES COMELLAS, V., 2006, pág. 37).

Sentado pues que nadie sino el TC podría anular una norma autonómica andaluza con rango de ley que contradijera un derecho estatutario, se abre la cuestión de hasta qué punto el propio Tribunal podría llevar efectivamente a cabo ese control. Los problemas aquí son de dos tipos: los primeros, procesales, pues ya se sabe que no existen en nuestro ordenamiento cauces específicos para que las minorías parlamentarias puedan recurrir leyes autonómicas, y es claro que ese tipo de recurso sería el principal mecanismo de defensa del Estatuto frente a las leyes atentatorias contra los derechos que éste declara. Se trata, con todo, de un problema de carácter menor, pues, en la práctica, esa carencia se ha paliado con el uso (cierto que distorsionado) de otras vías de recurso constitucionalmente previstos; además, permanecería en todo caso abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley autonómica contraria a derechos estatutarios que podrían plantear los jueces y tribunales llamados a aplicarla. Los problemas de mayor calado, sin embargo, no son de naturaleza procesal sino sustantiva, pues, por ahora, dista mucho de estar claro que los derechos estatutarios puedan formar parte del parámetro de constitucionalidad que aplica el TC.

Es cierto que, *obiter dicta*, el FJ 15.º de la STC 247/2007 ya anunció, al tiempo que rebajaba algunas de las disposiciones estatutarias que establecían derechos a la condición de principios rectores (y, podría decirse, a modo de compensación por esa rebaja), que «tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los Estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto». Pero lo que el TC no dijo es que esa operación implicaría un cambio notable en el papel de los Estatutos en el bloque de constitucionalidad, precisamente por las diferencias de «tales prescripciones estatutarias» –las que establecen derechos– con respecto a las que, hasta ahora, han sido usadas como parámetro indirecto de constitucionalidad.

En efecto, según el art. 28.1 LOTC, los Estatutos de autonomía (y el resto de normas que se mencionan en esa disposición) integran el bloque de constitucionalidad sólo desde un punto de vista competencial, de manera que las normas que contradicen lo estatutariamente dispuesto en temas competenciales pueden ser declaradas contrarias a la Constitución, no por contradecir el Estatuto, sino porque de ese modo contrarían el sistema constitucional de distribución de competencias en el que los Estatutos se integran. El problema de la integración en ese bloque de los derechos estatutarios es que las disposiciones de los Estatutos que los establecen no tienen naturaleza competencial (v. al respecto el comentario al art. 13). Aceptar que, a pesar de ello, sí podrían erigirse, en un sentido sustantivo, en parámetro de la constitucionalidad de las leyes autonómicas equivaldría a admitir que éstas pueden ser declaradas inconstitucionales sólo por contradecir el Estatuto, pero en un plano, el de los derechos, en el que éste, a diferencia

del plano competencial, no está llamado a completar el diseño de la CE (sobre esta cuestión en el caso del EAAnd, v. REBOLLO PUIG, M., 2008, págs. 141-44).

- 36 La posibilidad de que el Estatuto integre el parámetro de constitucionalidad de las normas autonómicas con fuerza de ley, no ya en cuestiones competenciales, en tanto que parte del bloque de constitucionalidad *ex art. 28.1 LOTC*, sino también en materia de derechos fundamentales, apunta sin duda a una cuestión de indudable complejidad teórica, puesto que los derechos estatutarios llegarían a convertirse, por esa vía, en normas constitucionales secundarias (y, materialmente, en derechos constitucionales; por esa razón se opone a ello CANOSA USERA, R., 2009, pág. 122). Sin embargo, conviene no perder de vista que el problema del papel del TC en su tutela no se reduce al de la idoneidad de esas normas para integrar un parámetro sustantivo de constitucionalidad, sino que abarca otro mayor, el del encaje que en nuestro Estado autonómico tendrá en el futuro la diversidad en materia de derechos de los ciudadanos que se augura con las declaraciones estatutarias.
- 37 En la medida en que esa diversidad deba ser reconducida a criterios comunes de homogeneidad (v. al respecto el comentario al art. 13), deberán necesariamente existir instancias que la aseguren, bien en el plano de la producción normativa (papel que podría corresponder al Estado en virtud de la competencia que le atribuye el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE), bien en el plano del control jurisdiccional, y en esa función debería, necesariamente, situarse el Tribunal Constitucional (que cuenta para ello con el canon que establecen disposiciones como el art. 138.2 o el art. 139.1 CE). Pero, en la medida, por el contrario, en la que esa diversidad pueda ser constitucionalmente aceptada, el control de la adecuación de la legislación autonómica a lo dispuesto por los Estatutos no podrá seguir estando residenciado exclusivamente en el TC. En esas circunstancias, parece que la mejor alternativa (por la que, como se ha dicho, no se ha optado) habría sido atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia la capacidad de anular las leyes autonómicas contrarias a los derechos estatutarios, único modo de evitar que las leyes antiestatutarias que, aun siéndolo, no vulneraran el régimen competencial constitucional, permanecieran en el ordenamiento («uno de los defectos más serios que plantea el sistema concentrado de la constitucionalidad de las leyes», según MUÑOZ MACHADO, M., 2008, pag.117).
- 38 Por otra parte, y como también es sabido, los derechos fundamentales de la sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución gozan de una especial protección jurisdiccional tanto ante los tribunales ordinarios de justicia, mediante los procedimientos especiales y sumarios a los que se refiere el art. 53.2 CE, como, subsidiariamente, ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. En términos generales, y dada la diferente naturaleza de unos y otros, parece claro que los derechos estatutarios no podrían ser tutelados, por extensión analógica, mediante esos procedimientos (en ese sentido, NIEVA FENOLL, J., 2007, pág. 113 y ss). Ahora bien, un buen número de derechos del EAAnd consisten en añadir contenidos adicionales a derechos fundamentales que ya han sido establecidos por la Constitución y están desarrollados por el legislador orgánico. Este solapamiento de derechos plantea una problemática compleja en cuanto a la necesaria articulación entre el nivel constitucional y el estatutario, cuyos contornos ya se han puesto de relieve en otro lugar (v. el comentario al art. 38). Desde el específico ángulo de los mecanismos de tutela jurisdiccional que les serían aplicables, podría plantearse si el contenido propiamente

estatutario de derechos fundamentales constitucionales (los «segmentos estructurales del derecho fundamental contemplados en las normas estatutarias», en términos de APARICIO, M. A./BARCELÓ, M., 2008, pág. 319) podría ser objeto también de una tutela jurisdiccional similar, incluso por el Tribunal Constitucional, a la que se le dispensa a aquéllos.

39 Extenderles la protección de los tribunales ordinarios mediante el procedimiento especial y sumario del art. 53.2 CE no debería plantear una especial dificultad. Es pacífico que el contenido de los derechos fundamentales que puede tutelarse mediante estos procedimientos incluye el que le haya otorgado el legislador. Desde ese punto de vista, los derechos estatutarios en los que se establecen prestaciones adicionales a determinados derechos fundamentales constitucionales deben considerarse como parte del contenido legal del mismo, y, en esa medida, susceptible de que su tutela por los tribunales sea tramitada mediante los procedimientos preferentes y sumarios que se han establecido en los distintos órdenes jurisdiccionales. Este cauce sería, pues, aplicable para la tutela judicial de los derechos estatutarios a la declaración de voluntad vital anticipada y a la dignidad en el proceso de muerte (art. 20 EAAnd), a la educación (art. 21 EAAnd), a la participación política (art. 30 EAAnd) o a la protección de datos personales (art. 32 EAAnd), pues todos ellos establecen contenidos adicionales a derechos fundamentales recogidos en la CE (respectivamente, en los arts. 15, 27, 23 y 18.4).

40 La vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional presentaría, sin embargo, mayores dificultades. No cabe duda de que la vulneración de alguno de los derechos estatutarios que se han citado (de los no coincidentes se debe concluir, con CASCAJO CASTRO, J. L., 2010, pág. 155, que «en principio hay que situarlos fuera de la órbita de protección del recurso de amparo»), podría llevar aparejada también la vulneración del correspondiente derecho fundamental constitucional, y en ese caso es evidente que se abre la posibilidad del amparo ante el Tribunal Constitucional. Menos claro es, sin embargo, que éste pueda amparar también el contenido exclusivamente estatutario del derecho en cuestión, es decir, aquello en los que «el precepto estatutario innova y no sólo especifica o precisa el derecho fundamental de que se trate» (en palabras de SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA J. J., 2008, pág. 333). En la respuesta a esta cuestión habrá que tener en cuenta la doctrina del TC sobre el contenido meramente legal –en este caso, estatutario– de los derechos, por una parte, y, por supuesto, habrá que esperar a ver si el Tribunal considera que la vulneración del contenido estatutario de un derecho fundamental puede justificar una decisión sobre el fondo del asunto y superar así el nuevo trámite de admisión (art. 50.1.b LOTC) introducido por la reforma de 2007 en el intento de objetivar el propio recurso de amparo. La necesidad de superar el test de la «especial trascendencia constitucional» introduce, así, un nuevo factor de incertidumbre en la tutela por el TC de los derechos estatutarios, aunque no tiene necesariamente que suponer un incremento en su dificultad (en sentido contrario, FOSSAS ESPALDER, E., 2010, pág. 39). No se tienen aún datos del criterio que adoptará al respecto el TC, como se sabe dotado tras la reforma de un amplio margen de discrecionalidad para decidir qué recursos deben admitirse a trámite, que podría permitirle en el futuro apreciar suficiente trascendencia en esta cuestión como para admitir estos recursos.

41 En todo caso, la improcedencia de la admisión no impediría poder recurrir a instancias supranacionales, como el TEDH o incluso el TJUE, para tutelar derechos

estatutarios, siempre que, además de superar los correspondientes requisitos procesales, pudiera justificarse la identidad de contenido entre el derecho estatutario alegado y uno de los que consagra la CEDH o el derecho de la Unión Europea (particularmente, la CDFUE), y, en este último caso, pudiera por razón de la materia alegarse la existencia de un punto de conexión suficiente con el derecho comunitario (sobre las posibilidades de tutela de los derechos estatutarios por estas dos instancias jurisdiccionales, v., respectivamente, BANDRÉS, J. M., 2010, págs. 169-172; y PI LLORENS, M., 2010, págs. 193-99).



**Artículo 40. Efectividad de los principios rectores**

*1. El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*

*2. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20915])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21062]).

***Artículo 40. Efectividad de los principios rectores***

*El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23651]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23906]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24262]).

***Artículo 40. Efectividad de los principios rectores***

*1. El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*

2. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 9]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 206]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 258]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 310]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 98]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

[s/c].

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Cataluña (art. 39); Aragón (art. 20); Castilla y León (art. 17).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

[s/c].

## E. JURISPRUDENCIA

STC 45/1989, FJ 4.º

STC 222/1992, FJ 4.º

STC 206/1997, FJ 5.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

AHUMADA RUIZ, María Ángeles: «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8 (1991), págs. 169-194.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio: «La regulación del ejercicio de los Derechos y Libertades. La garantía de su ejercicio por el artículo 53.1 de la Constitución», en DE OTTO, I., y MARTÍN-RETORTILLO, L.: *Derechos Fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 95-172.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, Derecho comparado y el caso español*, Cívitas, Madrid, 1998.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978, vol. IV*, Edersa, Madrid, 1996, págs. 451-529.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», en AA.VV.: *Derechos sociales y Estatutos de autonomía, Denominaciones de origen, Nuevo Estatuto del PDI Universitario. Actas del IV Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo*, Lex Nova, Madrid, 2009, págs. 13-112.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Eficacia y garantía de los derechos», en BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 91-114.

PÉREZ ROYO, Javier: «Principios rectores de la política social y económica», en ARAGÓN REYES, M., (Dir.): *Temas Básicos de Derecho Constitucional, vol. I*, Cívitas, Madrid, 2001, págs. 168-169.

PISARELLO PRADOS, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

PORRAS NADALES, Antonio: «Los derechos sociales en el nuevo Estatuto de Andalucía» en RUIZ-RICO, G. y otros (Eds.): *El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Un enfoque comparado y multidisciplinar*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007, págs. 219-232.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *La inconstitucionalidad por omisión*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1997.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. EL PECULIAR EFECTO DIRECTO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES: SU CARÁCTER INFORMADOR. C. LA INTERPOSICIÓN DEL LEGISLADOR Y LA ACCIONABILIDAD JURISDICCIONAL. D. EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO Y EL PROBLEMA DEL CONTROL POR OMISIÓN.

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 Como se sabe, una de las notas que caracteriza el constitucionalismo del Estado Social es la incorporación a los textos constitucionales de normas de carácter programático. La propia CE incluye un buen número de éstas, bajo la denominación de «principios rectores de la política social y económica», en el Capítulo III del Título I. Entre los Estatutos de autonomía aprobados en la década de los ochenta del pasado siglo, el andaluz de 1981 destacó por incluir un nutrido catálogo de este tipo de normas, agrupadas en una disposición que las calificaba de «objetivos básicos» de la Comunidad Autónoma, aunque no incorporaba a su articulado ningún mecanismo encaminado a garantizar que los poderes públicos autonómicos dirigieran efectivamente sus políticas públicas a la consecución de esos objetivos. El Estatuto de 2007 ha conservado, actualizado, un listado de «objetivos básicos» dentro del título preliminar (art. 10 EAAnd), si bien ha añadido a los mismos una serie de principios rectores de las políticas públicas (art. 37 EAAnd). El art. 40 EAAnd que ahora comentamos se dedica a establecer las garantías de estos últimos.
- 2 Su rúbrica es «efectividad de los principios rectores», y la consecución de esa efectividad es, en efecto, la idea que lo preside. No obstante, el propio artículo establece, además, en los dos apartados en los que se divide, otros mecanismos para garantizarlos. Así, el apartado primero del art. 40 EAAnd es una reproducción, casi literalmente idéntica, de lo que el art. 53.3 CE dispone para los principios constitucionales rectores de la política social y económica. La exégesis del mismo plantea, en consecuencia, problemas muy similares a los que, en su propio nivel, plantea esa disposición constitucional. Su papel, tanto en el Estatuto como en la Constitución, es, doble: por una parte, establece para los principios rectores una función informativa, ordenando que los mismos «informarán» la actuación de los poderes públicos, y, por otra, matiza, si bien en un sentido negativo, en qué puede consistir esa función, exigiendo la interposición del legislador para que puedan ser alegados ante los jueces y tribunales. El apartado segundo del art. 40 EAAnd no tiene, sin embargo, un correlato en el texto constitucional, aunque sí en alguno de los Estatutos reformados, como es el caso del art. 39.1 EAC, en el que indudablemente se inspira. Es en este apartado donde se establece el mandato a los poderes públicos de asegurar el «efectivo cumplimiento» de los principios rectores que se ha trasladado a la rúbrica de la disposición.
- 3 Además, a todos los principios rectores estatutarios le es aplicable también la garantía de su defensa por el Defensor del Pueblo Andaluz (arts. 41 y 128 EAAnd). No ocurre lo mismo, por el contrario, con otras garantías también contempladas en el Capítulo IV del Estatuto, como la vinculación a todos los poderes públicos, las exigencias formales y materiales de las leyes de desarrollo y, con el matiz que ya se ha anunciado y sobre el que en seguida volveremos, la protección jurisdiccional. Estas

últimas previsiones (establecidas por los arts. 38 y 39 EAAnd) deben considerarse privativas de los derechos estatutarios y no aplicables a los principios rectores de las políticas públicas que establece el Estatuto.

Una de las principales diferencias entre las disposiciones que, a cualquier nivel, establecen derechos subjetivos de los ciudadanos y las que contienen mandatos al legislador en forma de principios, directrices o normas programáticas es la forma en la que unos y otros se garantizan, pues ésta depende directamente de la naturaleza del precepto que se pretende garantizar. Así, la garantía de su accionabilidad jurisdiccional debe considerarse elemento indisoluble de los derechos subjetivos, hasta el punto de que no hay lo uno sin lo otro. Por el contrario, las normas de carácter principal no se dirigen a los ciudadanos sino a los poderes públicos, por lo que el modo de garantizarlas no pasa por la atribución de derechos subjetivos a los eventuales destinatarios de esas políticas públicas, sino por reforzar el mandato en el que esas normas consisten con el establecimiento de otros adicionales, dirigidos a los propios poderes públicos que deben dar cumplimiento a los primeros. Esta peculiar forma de garantizar las normas programáticas, que es además, probablemente, dada la heterogeneidad de sus contenidos, «lo único que permite su estudio de manera unificada», hace en todo caso muy difícil el establecimiento de mecanismos que aseguren su cumplimiento «de manera institucionalmente controlable» (PÉREZ ROYO, J., 2001, págs. 168 y 169; las dos afirmaciones se vierten sobre los principios rectores constitucionales, pero son trasladables a los estatutarios). <sup>4</sup>

Por todo ello, cobran un especial protagonismo otros mecanismos de control, bien de naturaleza propiamente política, como el control de las minorías parlamentarias sobre las decisiones de la mayoría acerca de las políticas públicas sobre las que se vierten los principios, o de carácter mediador, como es el caso de la actuación del Defensor del Pueblo. En el plano jurisdiccional, la garantía de los principios queda reducida a dos posibilidades: a que la contradicción con los mismos, cuando, por su lugar en el ordenamiento, pueden ejercer esa función paramétrica, pueda esgrimirse para declarar la nulidad de las normas que no los respetan, o al establecimiento en torno a uno de ellos, mediante la interposición de una norma intermedia, de los derechos subjetivos que el principio no puede generar por sí mismo. <sup>5</sup>

En los epígrafes siguientes comentaremos por separado las garantías de los principios rectores del Estatuto que se establecen en el art. 40 EAAnd: su carácter informador, la interposición del legislador como necesario requisito para su accionabilidad jurisdiccional y el mandato de adopción de las medidas necesarias para su efectivo cumplimiento. Salvo esta última, se trata de garantías que se han venido aplicando a los principios rectores constitucionales desde la aprobación de la CE, pero cuya aplicación a los principios estatutarios plantea, como es comprensible, sus propios problemas de interpretación. <sup>6</sup>

## B. EL PECULIAR EFECTO DIRECTO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES: SU CARÁCTER INFORMADOR

El carácter informador de los principios estatutarios rectores de las políticas públicas se garantiza en el primer apartado del art. 40 EAAnd, cuyo tenor literal es, como se ha dicho, muy semejante al del art. 53 CE, de lo que puede directamente colegirse que el <sup>7</sup>

carácter informador de los principios rectores estatutarios actúa frente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, CAA) de un modo muy similar a como el de los principios rectores constitucionales los sitúa frente a la generalidad de los poderes públicos (en este sentido, LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 76). Ahora bien, el art. 40.1 EAAnd establece que su reconocimiento y protección «informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», mientras que el art. 53.3 CE se limita a decir de los principios rectores constitucionales (del «reconocimiento, el respeto y la protección» de los mismos) que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». A diferencia de la Constitución, el Estatuto hace, pues, una referencia explícita a las normas reglamentarias, sobre lo que cabe hacer dos órdenes de consideraciones.

- 8 En primer lugar, esa referencia contribuye a precisar que, dentro de la arquitectura estatutaria, no pesa sobre los principios rectores una reserva de ley formal y que el gobierno puede acometer directamente su desarrollo. Ello es así incluso en los casos en los que el principio rector del Estatuto no es sino una concreción (o una simple duplicación) de un principio rector constitucional, ya que tampoco sobre éstos pesa, como se sabe, una reserva general de esa naturaleza. En todo caso, la exclusión de los principios rectores de la exigencia de desarrollo mediante ley autonómica no se sustenta sólo en este inciso del art. 40.1 EAAnd, que, como se ha dicho, simplemente contribuye a confirmarlo, sino en otras disposiciones estatutarias: el art. 38 EAAnd, que establece una reserva de ley sólo para el desarrollo de «la prohibición de discriminación y los derechos reconocidos en el Capítulo III», y los arts. 109.2 y 110.1 EAAnd, que limitan la correspondiente reserva negativa, respectivamente de decreto legislativo y de decreto-ley, a las normas autonómicas «relativas al desarrollo de los derechos y deberes regulados en este Estatuto» o que afecten «a los derechos establecidos en este Estatuto».
- 9 En segundo lugar, el Estatuto, al ordenar que los principios informen «las normas legales y reglamentarias andaluzas», extiende tanto al Parlamento como al Gobierno el mandato de respetar su carácter informador. Añade que también informarán la práctica judicial, con lo que parece querer asegurar su proyección sobre los tres poderes clásicos. ¿Puede pues calificarse de redundante la referencia adicional a «la actuación de los poderes públicos» cuando ya se han mencionado todos ellos? Parece claro que esa mención se ha conservado del modelo original (el art. 53.3 CE), pero la más detallada regulación del Estatuto obligaría a darle aquí una interpretación distinta, que puede ser, a su vez, doble: bien poner el énfasis en que los poderes públicos andaluces quedan vinculados a la función informativa de los principios no sólo cuando aprueban sus normas sino también en sus actuaciones (rechazable en la medida en que éstas deberán estar siempre sometidas a aquéllas), bien extenderla a poderes públicos distintos de los que aprueban las «normas legales y reglamentarias andaluzas». Esta segunda opción, descartada la posibilidad de vinculación al Estado, iría pues encaminada a incluir entre los sujetos vinculados por los principios a las administraciones locales de Andalucía (v. en ese sentido las consideraciones análogas sobre los sujetos pasivos públicos de los derechos estatutarios que se hacen en el comentario al art. 12).
- 10 En todo caso, aun admitiendo que el propio art. 40.1 EAAnd menciona a todos los poderes públicos de Andalucía al precisar a quienes se dirige el mandato que informen su actuación y su producción normativa por lo dispuesto por los principios rectores,

hay que precisar el diferente modo en el que su carácter informador condiciona a cada uno de ellos.

Por lo que hace al gobierno y a las administraciones públicas, quizá la consecuencia más importante que quepa deducir del art. 40.1 EAAnd es que los principios no necesitan la intermediación de la ley para extender su carácter informador a las normas reglamentarias y a la actuación administrativa. Si el carácter informador de los principios sólo se desplegara sobre las normas reglamentarias mediante la intermediación de la ley, su mención expresa en el Estatuto sería innecesaria, pues vendría ya de suyo por el sometimiento jerárquico del reglamento a lo establecido por el legislador. No se trata, pues, sólo de eso, sino de ordenar que la norma reglamentaria quede informada por los principios rectores incluso sin intermediación legal. La función informativa de los principios rectores no es, pues, sólo la que pueda darse *secundum legem*, sino también *praeter legem*. 11

También sobre el Parlamento se proyecta el carácter informador de los principios rectores estatutarios, aunque debe entenderse de acuerdo con la específica naturaleza de éstos y en función del papel que en su implementación hay que atribuir al propio legislador. En términos generales, puede decirse que, como es propio de las normas programáticas, el despliegue del carácter informador de los principios rectores estatutarios sobre la ley consiste en actuar como fundamento, impulso o estímulo de la actuación legislativa. Se emplean aquí estos términos en el sentido de que gracias a los principios rectores pueden reputarse estatutariamente legítimas determinadas opciones del legislador, que, sin el concurso de éstos, podrían verse cuestionadas, sobre todo en los casos en los que suponen limitación de derechos. Ésta es también, como se sabe, una de las principales funciones de los propios principios rectores constitucionales. 12

Ahora bien, este fundamento no es siempre necesario, pues es claro que las leyes ordinarias, tanto las del Estado como las autonómicas, pueden reconocer derechos en materia social sin que para ello tenga necesariamente que darse una conexión con principios proclamados en norma superior. También para el legislador andaluz le basta, incluso en ausencia de un principio consagrado en el Estatuto, con el ejercicio de la competencia correspondiente (LÓPEZ MENUDO, F., 2009, pág. 87). Es más, debe matizarse que, precisamente, es esa función de título competencial la que no puede ejercer el principio rector. Los principios rectores estatutarios no pueden actuar como fundamento de la ley autonómica también en el plano competencial: no son un título competencial habilitante de la actuación del legislador andaluz, por lo que, a la hora de acometer la regulación de un determinado sector material, ese título deberá buscarse entre las normas propiamente competenciales del Estatuto, no entre los mandatos que esos principios encierran (v. el comentario al art. 13). En este aspecto los estatutarios presentan, en su propio nivel, una similitud evidente con los principios rectores constitucionales, que, como se sabe, tampoco tienen un carácter, en cuanto que tales, de título competencial, pues suelen contener mandatos genéricos que vinculan a todos los poderes públicos en preceptos, como dijo la STC 206/1997, FJ 5.º, del art. 41 CE, de carácter «neutro» desde la perspectiva de la atribución de competencias. 13

En otro punto se asemejan también los principios rectores de la CE y del EAAnd: en que el despliegue de su carácter informador sobre la ley, que ahora comentamos, los diferencia de los denominados principios generales del derecho, a los que también 14

nuestro ordenamiento atribuye un «carácter informador del ordenamiento jurídico», pero sólo «en defecto de Ley o costumbre» (art. 1.1. C.C.). Ahora bien, no obstante esa diferencia, los principios rectores que contempla nuestro derecho positivo, tanto los constitucionales como los estatutarios, tienen un punto en común con los principios generales del derecho: en todos ellos el carácter informador del principio se predica no sólo de una norma concreta, sino, sobre todo, del ordenamiento en su conjunto. Esta mayor proyección del carácter informador de los principios rectores hace paradójicamente que no puedan deducirse de los mismos exigencias concretas a normas específicas, para cumplir así con lo dispuesto por un principio rector determinado, en relación con los resultados que deberían alcanzarse o el plazo para hacerlo. Todo ello dificulta, y en la mayoría de los casos sencillamente impide, que el respeto de las normas de desarrollo por los principios rectores pueda ser fiscalizable jurídicamente (JIMÉNEZ CAMPO, J., 1996, pág. 525, afirma al respecto, sobre los principios rectores constitucionales, que éstos «deben informar la función legislativa, pero esta exigencia carece de sanción jurídica»; en contra, esforzándose en un interesante intento de encontrar para estos principios medios de garantía que aseguren su eficacia jurídica, PISARELLO, G, 2007, pág. 102 y ss).

- 15 En todo caso, que el legislador se encuentre más o menos constreñido por los principios rectores estatutarios dependerá también del contenido específico de cada uno de ellos y de la precisión con la cual la disposición estatutaria lo haya recogido. La relevancia que un contenido genérico, vago o impreciso puede tener para el despliegue del carácter informador de un principio rector debe entenderse en sus justos términos: ningún principio rector, ni en la CE ni en el EAAnd, tiene capacidad para generar derechos subjetivos directamente accionables por vía jurisdiccional, pero ello es así porque tanto el art. 53.3 CE, por una parte, como el art. 40.1 EAAnd, por otra, lo han dispuesto de ese modo, y no porque el contenido del principio sea, por su imprecisión, más o menos idóneo para generarlo (insiste en este punto, sobre los principios constitucionales, JIMÉNEZ CAMPO, J., 1996 pág. 520). Ahora bien, la mayor o menor vaguedad en los términos en los que el principio se ha concretado sí es importante para calibrar hasta dónde su carácter informador puede condicionar a la ley: en aquellos principios rectores en los que se contengan precisas garantías institucionales, o incluso se adelanten algunas de las notas que, cuando el legislador intervenga, deberán caracterizar los eventuales derechos subjetivos de creación legal, éste limita de manera mucho más intensa las opciones del legislador (v. de nuevo JIMÉNEZ CAMPO, J., 1996, para un catálogo de los que en la CE tienen esta condición). En los demás, los que podríamos considerar normas programáticas en un sentido estricto (y entre los que pueden incluirse la gran mayoría, cuando no todos, de los recogidos por el EAAnd), la libertad de opción del legislador es por el contrario mucho mayor.
- 16 Por último, el art. 40.1 EAAnd extiende también el carácter informador de los principios rectores estatutarios a la «práctica judicial», si bien, como veremos inmediatamente, la misma disposición exige a renglón seguido la interposición del legislador para que puedan ser «alegados» ante los jueces y tribunales. Esta aparente contradicción, traída directamente del art. 53.3 CE, no se resolvería satisfactoriamente ni negando el carácter informador de los principios rectores en ausencia de desarrollo legislativo ni admitiendo éste pero sólo mediante una suerte de apreciación jurisdiccional *ex officio* de argumentos que no podrían alegarse de parte. Más bien, se



trata de una confusión entre los dos efectos de los principios rectores que es sin embargo fácilmente resoluble por vía interpretativa: en cuanto informadores de la práctica judicial, los principios rectores surten sus efectos (limitados, ya se ha visto), y pueden desde luego alegarse con ese carácter, incluso en ausencia de normativa de desarrollo. Es sólo para la alegación de los eventuales derechos subjetivos que no genera el principio, sino, en su caso, la normativa que lo desarrolle, para lo que debe entenderse aplicable la exigencia de la previa aprobación de esa necesaria norma de interposición.

### C. LA INTERPOSICIÓN DE LEGISLADOR Y LA ACCIONABILIDAD JURISDICCIONAL

Es en los sentidos que se acaban de exponer en los que no parece correcto afirmar <sup>17</sup> que los principios rectores (tanto los constitucionales como los estatutarios) carecen de efecto directo, como si su naturaleza de «meras» normas programáticas exigiera darlos por no puestos hasta que el legislador los sacara de su letargo. Por el contrario, el carácter informador de los principios rectores es un efecto directo de los mismos que, en puridad, no necesita del concurso previo del legislador, si bien sus resultados prácticos sólo podrán ser los que se han descrito en los párrafos precedentes.

Muy distinta es la posibilidad de que la lesión de un principio rector pueda ser <sup>18</sup> directamente remediada por los tribunales de justicia, algo que sólo puede darse si se hace a los destinatarios de las políticas públicas afectadas por un principio rector titulares de derechos subjetivos. Salvedad hecha de su carácter informador que, como se acaba de ver, puede ser alegado (aunque con los limitados efectos que lo caracterizan) sin que el principio haya sido objeto de desarrollo, el control jurisdiccional de la lesión de un principio rector exige indefectiblemente una previsión al efecto de la normativa de desarrollo. No es sólo preciso que la norma que desarrolla el principio rector haya sido efectivamente aprobada, sino que también habrá que estar a lo que ella disponga sobre la posibilidad de alegarlo, pues el art. 40.1 EAAnd establece (al igual que el art. 53.3 CE) que las alegaciones en vía jurisdiccional sólo podrán hacerse «de acuerdo» con esa normativa. La libertad de configuración del legislador debe considerarse, a este respecto, incondicionada.

En todo caso, no es necesario para la alegación en sede jurisdiccional que la <sup>19</sup> normativa en cuestión haya sido aprobada expresamente para desarrollar uno o varios principios rectores determinados, y mucho menos que esa función de desarrollo se haya llevado a la denominación de la misma. Es decir, no se trata, desde una perspectiva formal, de que haya sido aprobada una norma de desarrollo de un principio rector específico, sino de un requisito material de que ese desarrollo normativo exista. La exigencia estatutaria, como la constitucional, deberá pues entenderse cumplida siempre que una determinada norma pueda considerarse, por su conexión material, como la apropiada norma de interposición gracias a la cual un principio rector puede considerarse desarrollado. Lo decisivo no es que la norma de desarrollo haya sido formalmente aprobada con ese carácter, sino que su contenido sustantivo permita establecer con el principio rector una conexión de sentido suficiente como para atribuirle, materialmente, esa naturaleza.

- 20 En todo caso, es preciso reconocer que la exigencia de una interposición normativa para que los principios rectores estatuarios puedan generar derechos subjetivos, estatutariamente consagrada como mecanismo de garantía de los mismos, es, al menos con la misma intensidad, el más importante de sus límites: es cierto que lo que el Estatuto garantiza es que, cuando esa norma se apruebe, el principio rector podrá ser alegado ante los tribunales, pero no lo es menos que *sensu contrario* se está ordenando a los operadores jurídicos que, mientras no se haga, se conceda al principio rector la exclusiva eficacia de su carácter de informador del ordenamiento. Esta doble naturaleza de los mecanismos de garantía ha sido también destacada por nuestra doctrina en relación con el art. 53 CE, no sólo en el apartado en el que establece la exigencia de una norma de interposición para los principios rectores constitucionales, sino en cuanto a la naturaleza, en su conjunto, de cualquier instrumento de garantía de los derechos y principios constitucionales que son también, a un tiempo, normas de habilitación para que el legislador, dentro de lo que ellos mismos permiten, los limiten (v. DE OTTO, I., 1988, pág. 103 y ss).

#### D. EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO Y EL PROBLEMA DEL CONTROL POR OMISIÓN

- 21 Además de las garantías establecidas en el apartado primero, el art. 40.2 EAA dice que los poderes públicos de la CAA «adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento» de los principios rectores. Este mandato se concreta en esa misma disposición citando expresamente tres tipos de medidas: la legislación, la financiación y la actuación administrativa, cada una de ellas adornada con epítetos que no vienen sino a reforzar esa idea de efectividad (el impulso legislativo debe ser «pertinente», la financiación «suficiente» y las actuaciones administrativas dotadas de «eficacia y eficiencia»).
- 22 A la hora de realizar la exégesis del apartado segundo del art. 40 EAA, la primera duda que conviene despejar es la de si es realmente necesario atribuirle un significado propio que permita añadir algún contenido normativo a lo ya dispuesto por el apartado primero. Es cierto que las normas programáticas pueden tener una justificación suficiente en su carácter simbólico o incluso retórico (en el peor de los casos, propagandístico), por lo que, en ocasiones, su función puede limitarse a servir de resonancia de determinadas aspiraciones sociales, pero sin que sea posible extraer de su presencia en el ordenamiento consecuencia jurídica alguna; se trataría, en esos casos, de disposiciones sin contenido normativo propio. Hay varias razones, sin embargo, para pensar que el art. 40.2 EAA no es una de ellas: en primer lugar, no se olvide que se trata del capítulo dedicado a las «garantías» de los derechos y principios, y de una disposición que pretende asegurar la efectividad de estos últimos, no de una en la que se consagre, con mayor o menor carácter literario, un principio determinado; no parece, pues, de recibo que extendamos a las propias normas que deben precisar la eficacia jurídica de los principios las licencias retórico-simbólicas que a veces se permiten en las que los enuncian. En segundo lugar, no se trata de encontrar un preciso contenido normativo para un inciso o una frase que bien podría no tenerlo, sin que se resintiera por ello el carácter normativo del resto de la disposición, sino que sería todo un apartado, al que se la ha querido dar una entidad por separado, el que, si no se lo atribuimos, quedaría vacío de contenido. Por último, se trata del punto en el que claramente se ve la

voluntad del Estatuto de trascender lo dispuesto para los principios rectores constitucionales por el art. 53.3 CE, pues, a diferencia del apartado anterior, nada de lo que se dice en éste tiene alguna correspondencia con lo dicho por la Constitución. Todo parece indicar, pues, que sí es necesario encontrar un sentido propio al art. 40.2 EAAnd, es decir, atribuirle un contenido específico que permita reflejar normativamente la pretensión del estatuyente y lo diferencie de lo que por su parte establece un apartado primero con respecto del cual no debe considerarse redundante.

En esa tarea, el art. 53.3 CE puede proporcionar una ayuda indirecta. Como se ha dicho, no existe un correlato entre lo que éste establece y lo que dispone el art. 40.2 EAAnd, de manera que, al contrario de lo que ocurre con el art. 40.1 EAAnd, no podremos ahora hacer una exégesis de la disposición estatutaria guiándonos por lo dispuesto por la constitucional. Pero, precisamente porque la totalidad de los mecanismos de garantía de los principios rectores constitucionales se han vertido por el estatuyente en el primer apartado de este artículo, puede concederse verosimilitud a la hipótesis de que su intención al añadirle otro segundo ha sido paliar algunas de las insuficiencias que a lo largo de los años de vigencia de la CE han podido mostrar estos mecanismos. Si abordamos la exégesis del art. 40.2 EAAnd desde esta perspectiva, su razón de ser podría no ser otra que incorporar para los principios rectores estatutarios algún tipo de control por omisión. 23

Efectivamente, como se sabe, una de las escasas precisiones que ha hecho el Tribunal Constitucional acerca del carácter informador de los principios rectores constitucionales que ya se ha comentado páginas atrás es confirmar la posibilidad de que los mismos actúen como parámetro de constitucionalidad de las normas. Es cierto que esa función paramétrica se puede ver condicionada de forma muy importante por el contenido, a veces excesivamente genérico, de lo que se disponga en cada uno de los principios rectores, y, en todos ellos, por la naturaleza de las limitaciones que imponen al legislador que debe desarrollarlos, ya que, como se sabe, carecen de contenido esencial. A pesar de ello, el TC ha dicho que no cabe excluir que los principios rectores de la CE puedan emplearse «como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida» (STC 45/1989, FJ 4.º). En la práctica, los principios rectores han sido usados con esta finalidad en escasas ocasiones y siempre como argumentos *a fortiori* de otros fundamentos directos, como en el caso del principio rector de protección de la familia (art. 39.1) para declarar la inconstitucionalidad de determinadas normas tributarias (en la propia STC 45/1989) o de la discriminación que suponía que la persona supérstite de una pareja de hecho no pudiera beneficiarse de una subrogación arrendaticia (STC 222/1992). En todo caso, el Tribunal ha descartado, calificándolo de improbable, que en virtud de un principio rector pudiera declararse la inconstitucionalidad de una norma legal por omisión, es decir, «por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos, y en especial al legislador, en el que cada uno de estos principios por lo general consiste» (STC 45/1989, FJ 4.º). 24

Las dificultades jurídicas y técnicas de la inconstitucionalidad por omisión, y la improbabilidad, según el Tribunal Constitucional, de que la misma pudiera llegar a declararse por no desarrollar un principio rector constitucional, no deben ocultar, sin embargo, que el «efectivo cumplimiento» de los principios rectores puede venir 25

impedido, con relativa frecuencia, precisamente por esta causa, razón por la cual no han sido pocos los intentos doctrinales de encontrarle un fundamento en nuestro ordenamiento (v. AHUMADA RUIZ, M. A., 1991; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., 1994; o VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 1997).

- 26 Pues bien, en este contexto puede interpretarse la novedosa cláusula del art. 40.2 EAAAnd, centrada en el mandato, inédito hasta ahora en nuestro ordenamiento, de que los poderes públicos «adopten las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento» de los principios rectores estatutarios, como un intento de buscar nuevas vías para el control de la omisión del deber de su desarrollo (sobre el llamamiento en los Estatutos reformados a la «efectividad» de los principios, ver los comentarios, centrados en la garantía de una suficiente financiación, de ORTEGA ÁLVAREZ, L, 2008, pág. 113). La recepción estatutaria de un buen número de los principios rectores constitucionales en el EAAAnd de 2007 habría tenido pues, de ser cierta esta hipótesis, una doble justificación en la intención del estatuyente: por una parte, convertir directamente algunos de ellos, por la sola virtud del Estatuto, en derechos subjetivos, lo que no deja de plantear algunos problemas a la luz de la primera jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza de los derechos estatutarios (v. el comentario a los arts. 12 y 38); y, por otra, someter aquéllos que no se han consagrado como derechos sino que siguen siendo «meros» principios rectores a un nuevo control para asegurar su carácter informador del ordenamiento autonómico: el control por omisión en los casos en los que los poderes de la CAA no atendieran este nuevo mandato expreso del Estatuto de adoptar las medidas necesarias para su «efectivo cumplimiento».
- 27 Va de suyo que está por ver si la práctica confirmará o no, con el tiempo, esta hipótesis, que, en todo caso, tendría que superar importantes obstáculos para consolidarse (de «cuadratura del círculo» la califica PORRAS NADALES, A., 2007, pág. 230, que, en todo caso, la considera ajena a la voluntad del estatuyente). Algunos de estos obstáculos son los que ya se han puesto de manifiesto en relación con el control por omisión de los propios principios rectores constitucionales, mientras que otros serían específicos del intento de verter estos mecanismos para controlar el cumplimiento de los principios rectores estatutarios. El principal de ellos se daría en el caso de que la desatención normativa fuera imputable al legislador autonómico y no a ningún otro poder público de la Comunidad Autónoma, pues en ese caso habría que residenciar necesariamente el control en la propia jurisdicción constitucional (sobre la posibilidad de que los derechos y principios rectores estatutarios puedan erigirse en parámetro de constitucionalidad de la ley autonómica, v. el comentario al art. 39).

**Artículo 41. Defensa de los derechos**

*Corresponde al Defensor o Defensora del Pueblo Andaluz velar por la defensa de los derechos enunciados en el presente Título, en los términos del artículo 128.*

---

**DOCUMENTACIÓN****A. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA****I. PARLAMENTO DE ANDALUCÍA**

**1. Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario para la reforma del Estatuto de Autonomía (BOPA núm. 372, de 7 de febrero de 2006, pág. 20894 [pág. 20916])**

**2. Procedimiento de reforma estatutaria**

a) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOPA núm. 374, de 9 de febrero de 2006, pág. 21054 [pág. 21076]).

***Artículo 112. Defensor del Pueblo Andaluz***

*1. Sin perjuicio de la institución prevista en el artículo 54 de la Constitución y de la coordinación con la misma, una ley regulará la institución del Defensor del Pueblo Andaluz, como comisionado del Parlamento, designado por éste, para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución y de este Estatuto, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de las Administraciones públicas de Andalucía, dando cuenta al Parlamento.*

*2. El Defensor del Pueblo Andaluz será elegido por el Parlamento por mayoría cualificada.*

b) Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 420, de 19 de abril de 2006, pág. 23646 [pág. 23651]).

c) Dictamen de la Comisión de Desarrollo Estatutario (BOPA núm. 425, de 26 de abril de 2006, pág. 23898 [pág. 23906]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 430, de 4 de mayo de 2006, pág. 24254 [pág. 24262]).

***Artículo 41. Defensa de los derechos***

*Corresponde al Defensor del Pueblo Andaluz velar por la defensa de los derechos enunciados en el presente Título, en los términos del artículo 126.*

## II. CORTES GENERALES

### 1. Congreso de los Diputados

a) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía presentada ante el Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-1, de 12 de mayo de 2006, pág. 1 [pág. 92]).

b) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión Constitucional-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-6, de 17 de octubre de 2006, pág. 193 [pág. 206]).

c) Dictamen de la Comisión Constitucional (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-7, de 30 de octubre de 2006, pág. 249 [pág. 258]).

d) Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-8, de 7 de noviembre de 2006, pág. 301 [pág. 310]; corrección de error *BOCG. Congreso de los Diputados* núm. B-246-9, de 11 de enero de 2007, pág. 351).

### 2. Senado

a) Informe de la Ponencia Conjunta Comisión General de las Comunidades Autónomas-Delegación del Parlamento de Andalucía (*BOCG. Senado* núm. IIIB 18-c, de 29 de noviembre de 2006, pág. 87 [pág. 98]; sin modificaciones).

b) Dictamen de la Comisión General de las Comunidades Autónomas (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-d, de 4 de diciembre de 2006, pág. 147; sin modificaciones).

c) Texto aprobado por el Pleno del Senado (*BOCG. Senado* núm. IIIB-18-e, de 26 de diciembre de 2006, pág. 149; sin modificaciones).

## B. ANTECEDENTES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1981

### *Artículo 46*

*Sin perjuicio de la institución prevista en el artículo 54 de la Constitución y de la coordinación con la misma, una ley regulará la institución del Defensor del Pueblo, como comisionado del Parlamento, designado por éste, para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración autonómica, dando cuenta al Parlamento.*

## C. CORRESPONDENCIAS CON OTROS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

País Vasco (art. 15); Cataluña (arts. 78 y 79); Galicia (art. 14); Cantabria (art. 16); La Rioja (art. 22); Comunidad Valenciana (art. 38); Aragón (arts. 59 y 60); Canarias (art. 14); Extremadura (art. 52); Baleares (art. 51); Castilla y León (art. 18).

## D. DESARROLLO NORMATIVO

- Ley 9/1993, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (modificada por las Leyes 11/2001, de 11 de diciembre; 3/2001, de 22 de mayo; 1/1998, de 20 de abril, y 3/1996, de 17 de julio)

## E. JURISPRUDENCIA

STC 142/1988, FJ 5.º

STC 157/1988, FJ 5.º

STC 31/2010, FJ 33.º

STC 137/2010, FJ 7.º

## F. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

ANGUITA SUSI, Alberto: «La naturaleza unipersonal del Defensor del Pueblo Andaluz y la figura de los adjuntos: algunas reflexiones sobre las reformas sufridas por la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 48 (2002), págs. 437-455.

—: *El Defensor del Pueblo Andaluz y la tutela de los derechos fundamentales. Medios, mecanismos y procedimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CANO BUESO, Juan: *El Defensor del Pueblo Andaluz. Génesis y contenido de la Institución*, Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 1986.

GIRÓN CARO, Carlos: *Régimen jurídico del Defensor del Pueblo Andaluz*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: «El Defensor del Pueblo en Andalucía», en PÉREZ ROYO, J., y PORRAS NADALES, A. (Eds.): *El Parlamento de Andalucía. Análisis de la Primera Legislatura (1982-1986)*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 297-334.

PORRAS NADALES, Antonio: «Retos del Defensor del Pueblo Andaluz ante el nuevo Estatuto de Autonomía», en VV.AA.: *El Defensor del Pueblo Andaluz y la protección de los derechos sociales en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2008, págs. 11-37.

RUIZ RICO, Juan José: «El Defensor del Pueblo Andaluz», en PORRAS NADALES, A., y RUIZ-RICO, J. J. (Coords.): *El Estatuto de Andalucía. Estudio sistemático*, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 112-180.

VV.AA.: *Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz*, Serie Documentos, núm. 3, Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2002.

## COMENTARIO

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. LA DOBLE RECEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. C. NATURALEZA, ELECCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (REMISIÓN).

### A. INTRODUCCIÓN

- 1 El art. 41 EAAnd cierra el Capítulo IV del Título I del Estatuto, que establece las garantías de los derechos sociales, deberes y políticas públicas. La última de esas garantías, una vez que el Estatuto ha establecido la vinculación de los derechos estatutarios a los poderes públicos y los particulares (art. 38), su protección jurisdiccional (art. 39) y la efectividad de los principios rectores (art. 40; v. el comentario a estas disposiciones), es la «defensa de los derechos», que el art. 41 encomienda (dice que a él le «corresponde velar» por ella) al «Defensor o Defensora del Pueblo Andaluz», y ello «en los términos del artículo 128».
- 2 La remisión al art. 128 va más allá de una simple especificación de los términos en los que el Defensor o Defensora del Pueblo Andaluz, que en aquel artículo será ya mencionado (por tres veces, una en cada uno de sus apartados) sólo con el masculino genérico, debe velar por la defensa de los derechos estatutarios. Es la completa regulación del Defensor la que se difiere a ese artículo: su naturaleza como órgano auxiliar del Parlamento, el procedimiento de su elección por éste, las reglas generales de funcionamiento y el mandato de colaboración con el Defensor nombrado por las Cortes Generales. Es también allí donde el Estatuto remite a la ley para desarrollar todos estos extremos.
- 3 El art 128 es, pues, la norma que configura estatutariamente el Defensor del Pueblo Andaluz, y del mismo modo que el art. 41 se remite a él, este comentario debe remitirse al realizado sobre esa disposición. Tan sólo dedicaremos el breve epígrafe siguiente a dar algunos detalles que contribuyan a explicar su doble recepción estatutaria.

### B. LA DOBLE RECEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

- 4 Efectivamente, el Estatuto ha contemplado el Defensor del Pueblo en su articulado en dos ocasiones: la primera, en este art. 41, de carácter funcional, en donde se le encarga de la defensa de los derechos estatutarios; la segunda, en una norma de carácter institucional, dentro del Capítulo IV del Título IV (dedicado a la organización institucional de la Comunidad Autónoma), donde el art. 128 EAAnd lo considera, junto con el Consejo Consultivo, la Cámara de Cuentas, el Consejo Audiovisual y el Consejo Económico y Social, una de las «otras instituciones de autogobierno» de la Junta de Andalucía.
- 5 En la proposición de reforma estatutaria inicialmente presentada al Parlamento la figura del Defensor aparecía regulada, por una sola vez, en ese último artículo (entonces con otra numeración), en coherencia con el precedente del EAAnd de 1981, donde, al no existir un título de derechos estatutarios, no era posible que el Defensor figurara en el capítulo dedicado a sus garantías. El informe de la ponencia atendió algunas enmiendas



presentadas en este sentido, y propuso, conservando la anterior, añadir otra disposición sobre el Defensor como cierre del capítulo de garantías del Título I. Podría pensarse que esa adición reflejó la voluntad de la Cámara de asemejar el Título I EAAnd, también en este punto, al Título I de la Constitución, donde, como se sabe, está ubicado el Defensor del Pueblo elegido por las Cortes Generales (art. 54 CE). Es muy posible que esta fuera la finalidad principal, pero, en todo caso, convendría matizar esta hipótesis en una doble dirección, pues, por un lado, no es el del Defensor el único caso de doble regulación, funcional e institucional, en el Estatuto, y, por otro, el propio Capítulo IV del Título I ofrece otro ejemplo en un sentido aparentemente opuesto.

En efecto, el Defensor del Pueblo Andaluz no es la única «otra institución de autogobierno» del Capítulo VI del Título IV que es mencionada por partida doble en el Estatuto. De hecho, todas las demás, excepto el Consejo Consultivo, tienen también una doble recepción estatutaria, orgánica, en ese capítulo, y funcional, en el capítulo correspondiente a las funciones que se le atribuyen en el entramado institucional de la Junta de Andalucía. Así ocurre con la Cámara de Cuentas (arts. 130 y 194 EAAnd), el Consejo Audiovisual (arts. 131 y 217 EAAnd) y el Consejo Económico y Social (arts. 132 y 160 EAAnd). La situación en cierto sentido inversa es la del Tribunal Superior de Justicia. Debe repararse en que el capítulo de garantías del Título I incluye la de protección jurisdiccional (art. 39), pero de ésta sólo se dice que se ejercerá «ante la jurisdicción correspondiente», sin mencionar a que órgano u órganos se le encomienda esta función. No hay, pues, atribución funcional. Habrá que esperar a la regulación del Tribunal Superior de Justicia como institución para saber que es a éste al que el Estatuto considera competente «para tutelar los derechos protegidos en el presente Estatuto» (art. 140.1 EAAnd). 6

La doble consideración del Defensor es, en todo caso, única en el derecho estatutario comparado. Incluso en los reformados, que cuentan con un título de derechos, el Defensor es ubicado sistemáticamente en la parte orgánica del Estatuto. Así ocurre en el EAC (arts. 78 y 79), el EAV (art. 38), el EAAR (arts. 59 y 60) y el EAIB (art. 51). La única excepción es el EACL, que aunque contempla el Procurador del Común en una sola disposición (el art. 18), incluye ésta en el capítulo dedicado a las garantías de los derechos estatutarios. 7

### C. NATURALEZA, ELECCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (REMISIÓN)

Como se ha dicho, las funciones del Defensor del Pueblo Andaluz, su naturaleza de órgano auxiliar del Parlamento, la elección de su titular y sus relaciones con el Defensor del Pueblo elegido por las Cortes Generales se regulan en el art. 128 EAAnd, que remite para su desarrollo a la ley. Véase el comentario a esta disposición. 8



PARLAMENTO DE ANDALUCIA

2012