

LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Ignacio Villaverde Menéndez

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.1. La doctrina. 2.2. La crítica a la doctrina. – 3. El planteamiento del problema. Derechos fundamentales y forma de Estado. 3.1. Los derechos fundamentales no son “materias” competenciales. 3.2. Los derechos fundamentales como elementos estructurantes del Estado. 3.2.1. Los derechos fundamentales como parte de la *Gesamtverfassung*. 3.2.2. La función unificante de los derechos fundamentales en los Estados compuestos. 3.3. Competencias legislativas y derechos fundamentales: artículos 53, 81 y 149.1.1 CE. – 4. Alguna cuestión de teoría general de los derechos fundamentales. La uniformidad de su definición constitucional. 4.1. La definición constitucional de los derechos fundamentales y su indisponibilidad. 4.2. El legislador de los derechos fundamentales. – 5. Una interpretación constitucionalmente conforme del artículo 149.1.1 CE. 5.1. La igualdad en la diversidad. Los derechos fundamentales: artículos 139 y 149.1.1 CE. 5.2. La unidad en la igualdad: el artículo 149.1.1 CE. 5.3. Las competencias de las CC.AA. para la mayor garantía de los derechos. – 6. Conclusiones. – *Resum-Abstract*.

1. Introducción

No hace mucho, un destacado constitucionalista español afirmaba que el artículo 149.1.1 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) debía jugar un papel similar al desempeñado por la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, CEEUU) como instrumento de “construcción judicial de su (se refería al estadounidense) federalismo”.¹ El objeto de esta investiga-

1. Francisco Rubio Llorente, en su respuesta a la encuesta sobre la *dinámica del sistema autonómico (Encuesta)*, realizada y publicada por la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999, p. 15 y ss., p. 25.

ción es indagar si en efecto es esa la función que le cumple ejercer al mencionado artículo 149.1.1 CE; o, para ser más precisos, si es esa la función que les cumple desempeñar a los derechos fundamentales en cuanto elemento estructurante de la forma de Estado consagrada en el artículo 2 CE.

La tesis central que aquí se tratará de argumentar es que el artículo 149.1.1 CE no es la transcripción española de la XIV Enmienda CEEUU. Es más, no puede serlo por la estructura misma de la forma de Estado diseñada en la CE. Ciertamente que el artículo 149.1.1 CE actúa, como así se pretende de demostrar en estas páginas, al modo de un criterio de unidad en el marco de la diversidad territorial; expresión, por tanto, del *principio de unidad* establecido en el artículo 2 CE. Pero una *unidad* en la *igualdad básica* en el ejercicio de los derechos fundamentales. Es esta última dimensión lo que, por una parte, aleja al artículo 149.1.1 CE del artículo 139.1 CE, por cuanto no es una norma, el artículo 149.1.1 CE, sobre la uniformidad del estatus *iusfundamental* de las personas en todo el territorio del Estado. Por otra parte, tampoco es una norma atributiva de una competencia universal del Estado central sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales; no se trata de una reserva general de regulación de los derechos a favor del Estado central en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.).

Pero para explicar todos estos extremos es necesario examinar la estructura de la organización territorial del Estado diseñada en la CE y en la jurisprudencia del TC, y el lugar que en ella ocupan los derechos fundamentales. Por ello, en esta investigación se abordará en primer lugar el estado de la cuestión sobre el artículo 149.1.1 CE. En segundo lugar la relación entre derechos fundamentales y forma de Estado. Y en tercer y último lugar, el alcance del artículo 149.1.1 CE. Es en este último apartado donde se avanzará una atrevida tesis según la cual este precepto es una norma que fija reglas sobre *organización y procedimientos* relativos al ejercicio de los derechos fundamentales, antes que una norma sobre sus contenidos y régimen jurídico.²

2. De hecho, este opúsculo es una apretada síntesis de un trabajo más ambicioso que espera ver la luz en un plazo breve de tiempo.

2. El estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2.1. La doctrina

La doctrina del TC sobre el artículo 149.1.1 CE no ha sido precisamente un ejemplo de claridad y precisión en la concreción del sentido y significado del precepto en cuestión.³ Acaso no le fuese posible obrar de otro modo.

Tras la STC 25/1981, en la que se hizo aquella en apariencia tajante afirmación sobre el divorcio entre derechos fundamentales y forma de Estado, y las SSTC 61/97 y 173/1998 (reiterada esta última por las SSTC 133 y 135/2006 que resuelven sendos recursos cruzados contra la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, de Asociaciones y la Ley catalana 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones) que, hoy por hoy, pueden considerarse el *leading case* en la materia, han transcurrido muchos años y sentencias sin que el TC haya sido capaz de definir con precisión una doctrina sobre el artículo 149.1.1 CE; ni siquiera en la citada STC 173/1998.⁴

3. Consúltense el análisis que Mercè Barceló i Serramalera, en su libro *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas/Generalitat de Catalunya, 1991, Cap. III, p. 65 y ss. y que reitera en su más reciente *La Ley Orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, en especial su Cap. III, Sección 1. No menos interesante es el estudio de Javier BARNES, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004, passim.

4. Ciertamente la STC 61/1997 trató de acrisolar doctrina del TC, y que tras la STC de 1998 se pronunciaron otras (SSTC 290/2000, 164/2001, 188/2001, 37/2002, 54/2002, 239/2002, 109/2003, 178/2004 –ésta, también sobre urbanismo–, 341/2005, 133 y 135/2006 –en materia de asociaciones– ...). Pero la STC 173/1998 parece la formulación más acabada (pero no por ello menos confusa) del canon del TC sobre el artículo 149.1.1 CE. Todos los autores que han analizado la materia han examinado la jurisprudencia del TC. Por ello, consúltense los trabajos de Javier BARNÉS, por su condición de más reciente, *Legislación básica y artículo 149.1.1 CE*, en "Informe de las Comunidades Autónomas", Varios Autores, Institut de Dret Públic, Barcelona, 2003, y con posterioridad, desarrollando este último, el ya citado del mismo autor *Problemas y perspectivas...*, p. 63 y ss.; y de entre los precedentes véanse los libros de Tudela Aranda, Pemán Gavín y Cabellos Espiérrez, recogidos todos ellos citados en este trabajo. Sobre la STC 173/1998, véanse el libro de Enrique Lucas Murillo de la Cueva, *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Civitas/IVAP, Madrid, 1999; y el comentario de Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, *La relación entre Ley Orgánica y competencia para regular los derechos fundamentales. Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio*, *Autonomías*, núm. 25, 1999, p. 87 y ss.

La primera jurisprudencia del TC tendía a identificar el ámbito material del artículo 81.1 CE con el del 149.1.1 CE en la medida en que consideraba que el artículo 81.1 CE no otorgaba ninguna competencia al Estado, por lo que el alcance de esta reserva de ley lo establecía el artículo 149.1.1 CE; esto es, el desarrollo de los derechos fundamentales se identificaba con la regulación de las condiciones básicas que garantizaran la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales en todo el territorio del Estado.⁵ Una tesis formulada en la STC 37/1981 FJ 2, que resurge con cierto ímpetu en la STC 61/1997 FJ 8, y que aún late en la STC 173/1998 FFJJ 7 y 9.⁶

Pese a todo, el TC en su STC 173/1998 sigue esforzándose en razonar que el artículo 81 CE no es una norma sobre competencias (como tampoco parece serlo el artículo 53.1 CE), sino una reserva de ley. Ahora bien, sigue razonando el TC, una reserva de ley que atribuye en exclusiva al Estado la regulación de los aspectos sustanciales de los derechos fundamentales, *desarrollándolos en cuanto tales*. Algo vedado por efecto de la propia reserva a las CC.AA. El punto débil de esta importante Sentencia estriba justamente en que no da respuesta a continuación a la segunda de las cuestiones que ella misma se planteaba. Si primero se preguntó sobre el alcance de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, a lo que como acabamos de ver dio cumplida contestación, luego lo hará sobre si el alcance de esa reserva lo determina el orden constitucional de reparto de competencias, para así saber qué juego le cumple desplegar al artículo 149.1.1 CE en él. Lo cierto es que a esta segunda incógnita el TC no ofrece ninguna solución, ya que de seguido da un salto argumental para distinguir entre el *desarrollo* de los derechos, que estaría atribuido en exclusiva al Estado al ser objeto de reserva de ley orgánica, y la regulación de las "materias" sobre las que los derechos fundamentales se proyectan, que estarían sujetas al orden constitucional de competencias distribuidas entre CC.AA. y Estado. Dicho esto, se limita a afirmar, finalmente, que el artículo 149.1.1 CE, en el marco de ese reparto competencial, le atribuiría al Estado la potestad de dictar normas

5. Tesis, por cierto, defendida tempranamente por Ignacio de Otto y Pardo, en su *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, p.143 y ss., donde se recoge su trabajo *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*.

6. La tesis del artículo 81.1 CE como simple reserva de ley cuya materia es la atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 CE, se formuló en el Voto Particular de Arozamena y Rubio a la STC 5/1981, y fue desarrollada en la doctrina por Ignacio de Otto y Pardo y Mercè Barceló.

que regulen "elementos primarios" de la definición constitucional de los derechos y sus límites principales para asegurar un régimen de igualdad en su disfrute por todos los ciudadanos.

Tras este discurrir del TC, es difícil sustraerse a la impresión de que acaba identificándose el objeto de la reserva de ley del artículo 81.1 CE con el alcance de la competencia atribuida en el artículo 149.1.1 CE al Estado.

Parece, pues, que el TC acoge implícitamente la tesis de Otto y Pardo según la cual el artículo 149.1 CE fija el alcance de la reserva del artículo 81.1 CE, de modo que el *desarrollo* de un derecho fundamental es la regulación de esas condiciones básicas para un igual ejercicio de los derechos en todo el territorio del *Estado*. Cualquier otra pretensión de regulación de un derecho fundamental, o lo es de su ejercicio (artículo 53.1 CE) o, simplemente, está vedada constitucionalmente a unos y a otros. Sin embargo, la extensa doctrina y práctica del TC sobre el artículo 81.1 CE, que la propia STC 173/1998 cita, señalan en otra dirección porque el TC nunca ha limitado la extensión de esa reserva a la "materia" del artículo 149.1.1 CE.

De igual imprecisión adolece la doctrina del TC sobre ya propiamente el contenido y alcance del artículo 149.1.1 CE. Para el TC, el artículo 149.1.1 otorga al Estado un título competencial con contenido propio que le apodera para regular "el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos)" (SSTC 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9). Esas condiciones básicas deben ser las imprescindibles para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que no quiere decir que el Estado pueda imponer la identidad o uniformidad del disfrute de los derechos en todo su territorio porque esto se opone a la existencia misma de CC.AA. y a la diversidad que con ellas ha querido también garantizar la CE (SSTC 75/1990 FJ 5, 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9).

La materia del artículo 149.1.1 CE son los derechos constitucionales en sí mismos considerados, es decir, con arreglo a su contenido constitucional, y no los sectores materiales en los que éstos se insertan o sobre los que se proyectan. Para el TC "el artículo 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación,

directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico (...) quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional" (SSTC 61/1997 FJ 7 b, 173/1998 FJ 9).

Es jurisprudencia reiterada que la competencia del artículo 149.1.1 es esencialmente normativa, pues el precepto se refiere a la "regulación" de esas condiciones básicas; y dentro de esas "condiciones básicas" el TC ha incluido "aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho" (STC 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9), sin que esas condiciones básicas, dice el TC, deban confundirse con el "contenido esencial" de los derechos, en el sentido que el TC entiende esta noción (STC 61/1997 FJ 7 a). No obstante, el TC también ha admitido que las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional (y así el TC ha respaldado en el artículo 149.1.1 CE la creación de ciertas instituciones como la Oficina del Censo Electoral, STC 154/1988 F. 3, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, STC 160/1987 FJ 5, y la Agencia española de Protección de Datos, STC 290/2000 FJ 14).

El TC también se ha ocupado de limitar el alcance de la competencia que el artículo 149.1.1 CE otorga al Estado. La competencia tal queda "limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...). Las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico" (SSTC 61/1997, FJ 7 b, 173/1998 FJ 9). Parece una vez más que el objeto de la reserva del artículo 81.1 CE y

del artículo 149.1.1 CE se solapan, pues, aunque el TC sostiene que la materia de este último no es el “contenido esencial” de los derechos, que es justamente lo *desarrollable* por el legislador orgánico, apenas podemos sustraernos tras la cita que se acaba de leer a la impresión de que esa materia es una parte del objeto de la reserva de ley orgánica: no el “diseño completo y acabado de su régimen jurídico” (que acaso sea lo propio de la ley orgánica), sino, en ese diseño, lo que suponga “la regulación de esas condiciones básicas que garanticen la igualdad” en el disfrute de los derechos.

Ahora bien, “la legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico titular de la competencia... Constituirá también un *prius* del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el artículo 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione (...) el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas (...)” (STC 173/1998 FJ 9).

No son menores, tampoco, las dificultades interpretativas que plantean estas afirmaciones que dejan en su lector una nueva impresión de que el artículo 149.1.1 CE contiene una verdadera competencia compartida entre Estado y CC.AA.

2.2. La crítica a la doctrina

Son tres, a mi juicio, los aspectos más criticables de la doctrina del TC. De un lado, la aún no superada confusión, como se acaba de señalar, entre la reserva de ley orgánica y la competencia del artículo 149.1.1 CE. De otro, la identificación de cuál sea la “materia competencial” objeto del artículo 149.1.1 CE. Y, finalmente, las incógnitas abiertas por la “inconstitucionalidad sobrevenida” de las leyes auto-

nómicas sobre derechos fundamentales cuando entren en oposición con lo dispuesto en la legislación estatal del artículo 149.1.1 CE promulgada con posterioridad en el tiempo a su entrada en vigor.

En cuanto a la primera cuestión, aunque el TC pone empeño en abandonar las afirmaciones de la STC 37/1981 y deslindar los campos de la reserva de ley orgánica y de la atribución competencial del artículo 149.1.1 CE, es lo cierto que finalmente el TC incluye en el objeto de este precepto la regulación del “contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos)” (SSTC 61/1997 FJ 8, 173/1998 FJ 9) que parecen corresponderse con lo que bien puede convenirse como contenido constitucional de los derechos. A pesar de haber dicho también que la regulación de esas “condiciones básicas” no debe confundirse con la regulación del contenido esencial del derecho fundamental. Difícilmente uno puede sustraerse a la impresión justo contraria cuando de la doctrina del TC sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales⁷ parece desprenderse que precisamente el “contenido primario” y las “posiciones esenciales” de todo derecho fundamental son lo que lo hacen reconocible y apto para proteger su objeto, es decir, conforman su “contenido esencial” (STC 11/1981, FJ 11).

La consecuencia no puede ser otra; al final el artículo 149.1.1 CE otorga una competencia para *desarrollar* los derechos fundamentales, porque no es cosa distinta de ello el concretar jurídicamente el “contenido esencial” de los derechos fundamentales.⁸ Pero, ¿sólo esa competencia y por tanto, siempre mediante ley orgánica? En otras palabras, ¿el objeto de la ley orgánica debe ser lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE, o la competencia del artículo 149.1.1 se limita exclusivamente al desarrollo mediante la ley orgánica de los derechos? Mi respuesta a estas incógnitas es un rotundo no a todas. Más adelante algo se dirá sobre este particular.

Otro aspecto criticable de la doctrina del TC es la identificación de la “materia” del artículo 149.1.1 CE con los derechos en sí

7. Resumida en el Capítulo 6 apartado II del libro Bastida y Otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

8. Véase de Bastida y Otros, *Teoría general...*, *ob. cit.*, *passim*.

mismo considerados y no con los sectores materiales en los que éstos se insertan o sobre los que se proyectan. Es más, el TC ha llegado a sostener en las SSTC 61/1997 (FJ7) y 164/2001 (FJ 5) que es la igualdad de los españoles el fin último de este título competencial, y, en consecuencia, decimos nosotros, su "materia". La igualdad es elevada así a *materia competencial*, y a través suyo, el *desarrollo* de los derechos.⁹ Con ello el TC trata de atajar cualquier pretensión de ver en su doctrina un argumento para sostener la horizontalidad de la competencia del artículo 149.1.1 (SSTC 61/1997 FJ 7 b, 173/1998 FJ 9). Comparto este juicio del TC, y ello aleja su doctrina, y mi tesis, del alcance que la SCt.US le ha dado a la XIV Enmienda CEEUU. El artículo 149.1.1 CE no es un título genérico que habilite al Estado para regular cualquier materia con la excusa de hacerlo para garantizar las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales.¹⁰

No es menor el problema que suscita la forma en la que el TC trata de articular las relaciones entre la ley autonómica reguladora del ejercicio de un derecho fundamental y la ley estatal promulgada al amparo del artículo 149.1.1 CE. El TC, como se ha visto, otorga a esta ley un carácter, en ocasiones, a caballo entre la ley básica y la ley de armonización, y en otras transmite la impresión de que el ar-

9. Véase de Javier Barnés y su tesis sobre la "igualdad en la concepción de fondo de aquellas limitadas parcelas de los (pocos) derechos que no están ya por completo (en esencia) a disposición del legislador estatal" (p. 130 de *Problemas y perspectivas...*). Estas afirmaciones del TC no están tampoco exentas de contradicciones, porque en rigor, al acabar identificando el artículo 149.1 CE en una norma de delimitación del alcance competencial de la reserva de ley, no puede reducir ese campo al de la igualdad del artículo 14 CE. La igualdad es el fin, pero la *materia* son los derechos fundamentales, haciendo de éstos objeto del reparto competencial entre Estado y CC.AA. Que así sea hace coherente, aunque se exprese de forma deficiente, la tesis de la "inaplicabilidad sobrevenida" de las leyes autonómicas reguladoras del ejercicio de los derechos. No hay remedo de competencia compartida, sino lisa y llanamente una ley orgánica de desarrollo de cierto derecho fundamental que antes no existía y que expulsa del ordenamiento cualquier norma, también la autonómica, que regulando su *materia* contradiga o se separe de lo dispuesto por la orgánica, por cuanto ésta al definir el contenido constitucional de ese derecho condiciona la regulación de su ejercicio.

10. De la rica e ingente doctrina norteamericana sobre la XIV Enmienda CEEUU destacaría ahora un clásico, Roul Berger, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1997 (reed.). Consúltense también el trabajo de Richard Stewart, *Federalism and Rights. Federalism: Allocating Responsibility between the Federal and Status Courts*, *Georgia Law Review*, núm.19, 1985, p. 917 y ss.; y el de Lawrence H. Tribe, *Saenz Sans Prophecy: the Privileges or Immunities Revival Portend the Future – or Reveal the Structure of the Present?*, *Harvard Law Review*, Vol. 113, 1999, p. 110 y ss.

título 149.1.1 CE alberga una competencia compartida en sentido propio.

Ligado a esta última consideración, acaso, de las afirmaciones del TC que más han ayudado a esta incertidumbre, es aquella según la cual la normativa autonómica puede ser perfectamente constitucional regulando el ejercicio del derecho en cuestión, y, sin embargo, inaplicable al contrariar la ley estatal posterior promulgada al amparo del artículo 149.1.1 CE. Pero la Sentencia es oscura en este extremo. ¿Qué significa que la ley autonómica resulta “desplazada” por la estatal? El propio TC reconoce que aquélla difícilmente incurre en una invasión competencial, que sólo se producirá una vez haya ejercido su competencia el Estado. Y no es baladí contestar a esta cuestión, pues de ello dependerá saber si la ley estatal se integra en el bloque constitucional porque condiciona la validez de la ley autonómica, o no lo hace porque tan sólo afecta a su aplicabilidad. Es difícil escapar a la impresión de que se está ante competencias compartidas.

Sin embargo, en otras ocasiones, el TC ha hecho del artículo 149.1.1 CE un remedo de ley de bases sobre la igualdad en el ejercicio de los derechos (así por ejemplo en la STC 290/2000 FJ 14) a pesar del empeño puesto en su STC 61/1997 FJ 7 por negar que el artículo 149.1.1 CE contenga semejante cosa.¹¹ La literalidad del precepto habla de regular *las condiciones básicas* que garanticen aquella igualdad, pero no atribuye al Estado competencia alguna para regular la igualdad *básica* de los españoles en el ejercicio de los derechos, haciendo de las leyes del artículo 149.1.1 CE un remedo de legislación básica en materia de derechos fundamentales.

En mi opinión, y en respuesta a estas dificultades e incógnitas, lo que puede ayudar a clarificar el sentido y función del artículo 149.1.1 CE es justamente aquella dimensión institucional que el TC parece encajar en el precepto sólo de forma excepcional. Es esta dimensión la que constituye la *materia* de la competencia estatal en el artículo 149.1.1 CE, por cuanto le atribuye competencias para crear aquellas instituciones, garantías, procedimientos y normas mínimas sobre el ejercicio de los derechos fundamentales destinadas a preservar aque-

lla igualdad en el disfrute de los derechos. La ley estatal del artículo 149.1.1 se asemejaría más a la figura alemana de las "leyes marco" antes que a una ley de bases.¹²

Dar respuesta a todas estas cuestiones exige examinar el encaje de los derechos fundamentales en la forma de Estado.

3. El planteamiento del problema. Derechos fundamentales y forma de Estado

3.1. Los derechos fundamentales no son "materias" competenciales

Los derechos fundamentales no se reparten territorialmente. Esta es la tesis central de este trabajo. Los derechos fundamentales no son materia competencial; al menos no lo son en el sentido técnico de este término,¹³ como no lo son la Jefatura del Estado o la Constitución Económica. En fin, como no lo son las normas constitucionales, porque un derecho fundamental no es más (ni menos) que esto: una norma constitucional. Y además lo es no de la *Constitución* del Estado central, sino de la *Constitución global*, de la *Gesamtverfassung* del Estado compuesto.

Los derechos fundamentales forman parte de la *Gesamtverfassung*¹⁴ que constituye el Estado compuesto; en la que se recondu-

12. No se pierden de vista aquí las diferencias entre unas y otras figuras, cuando menos porque en el artículo 149.1.1 CE el Estado ejerce una competencia propia. La similitud radica más bien en la finalidad de este tipo de leyes.

13. Véase Marc Carrillo, *La noción de "materia" y el reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 36 (II), 1993, p. 101 y ss.

14. WHEARE señala que una de las instituciones esenciales del "Federal Government" es la Constitución, concebida ésta como norma jurídica suprema, y preferiblemente escrita, al menos en lo relativo al establecimiento de un poder central y otros territoriales, y a cómo se distribuyen entre ellos las competencias (*Federal Government*, Oxford University Press, London/New Cork/Toronto, 1963-4ª edic., p. 53 y ss.). Parece a todas luces que esa Constitución cumple las funciones de la Constitución global kelseniana; aunque es cierto que Kelsen le da un significado a la *Gesamtverfassung* casi tan metafísico como el de la *Grundnorm*. Así en su *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1966 (reimp. 1ª edic), p. 164 y 165, pp. 168, 171 y ss., 180, 193, y 198 y ss. Conviene recordar que

ce a unidad y se efectúa el reparto de poderes entre los territorios y el poder central. En ella, en esa Constitución global, se asegura la horizontalidad del reparto y la *co-ordenación* entre poderes regionales y centrales, garantizando la horizontalidad de sus relaciones.

La función que le compete a los derechos fundamentales en esa *Gesamtverfassung* es poner a disposición de los individuos espacios de autodeterminación de la conducta, indisponibles a todos los poderes públicos, y en particular al poder legislativo, sean estatales o regionales. Como tales, pues, los derechos fundamentales se imponen, en principio, a la legislación, sea la estatal central o la territorial. Su indisponibilidad impide que una u otra legislación pueda hacer de los derechos el objeto de su función productora de normas. En esa medida, si los derechos fundamentales son indisponibles a los *legisladores*, están sustraídos al reparto de competencias territoriales entre ellos. Porque justamente un derecho fundamental es una norma constitucional que establece un poder jurídico individual indispensable a la ley.

Cosa distinta es que esa misma *Gesamtverfassung* habilite al legislador estatal para que la ley pueda *disponer* muy limitadamente de algún aspecto del contenido constitucional de los derechos fundamentales para su mejor concreción jurídica, fijando determinadas interpretaciones del texto *iusfundamental* correspondiente que ya no estarían a *disposición* del Poder Judicial en su aplicación de los derechos. En rigor, lo que resulta ajeno al reparto competencial es el derecho fundamental en la definición constitucional de su contenido, pero no su régimen jurídico.

Con ello no hago mía la polémica afirmación de la STC 25/1981 (FJ 5): "(los derechos fundamentales) en cuanto elemento fundamen-

Kelsen demostró que el hecho de que el Estado central tenga atribuido el poder de reforma de la Constitución federal (es decir la Constitución global) no autoriza a identificarlo como órgano de la Constitución global o que su norma materialmente constitucional resulte ser la *Gesamtverfassung* (p. 200, 208 y 221). Kelsen vuelve sobre esta teoría de la *Gesamtverfassung* en su *La Giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 79 y ss. Véase la obra de Hans Nawiasky, *Allgemeine Staatslehre*, Verlagsanstalt Benziger & Co. AG., Einsiedeln/Zürich/Köln, 1956, p. 159 y ss., en especial p. 161. Paloma Requejo advierte de la diferencia formal que debe establecerse entre la Constitución total de los Estado federales y la CE, pero subraya su "identidad funcional-material"; véase su *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pp. 50 y 51.

tal de un ordenamiento objetivo... no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado" (FJ 5).¹⁵ Desde luego que lo están. Es más, constituyen uno de los elementos estructurantes de la forma de Estado, y no sólo el respaldo jurídico-constitucional de ciertas expectativas subjetivas. Y lo son porque definen en un ordenamiento jurídico el estatuto jurídico básico e indisponible de la persona y el ciudadano introduciendo un criterio uniforme y homogéneo de relación entre éstos y los poderes públicos, y de aquéllos entre sí. La CE no contiene norma alguna como la del artículo 14.1 de la Constitución española de 1931,¹⁶ que prescribía: "en las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre los naturales del país y los demás españoles", ni su trasunto es el artículo 149.1.1 CE.

Pero, indudablemente, la forma de Estado también incide en los derechos fundamentales, toda vez que éstos regulan el uso del poder público tanto por el Estado central como por las CC.AA., y los derechos fundamentales son normas que regulan una dimensión del uso del poder público. Por otro lado, la propia Constitución permite que los derechos fundamentales sean el objeto de una actividad normadora a cargo de los poderes constituidos, cuyas competencias la propia Constitución sujeta a un orden de reparto. Las reservas de ley de los artículos 53.1 y 81.1 CE son ejemplos meridianos de lo dicho.

Pues bien, los derechos fundamentales guardan relación estrecha con la organización territorial del Estado porque su objeto se proyecta sobre realidades o situaciones que sí pueden estar sujetas a reparto competencial, solapándose la vinculación positiva a los derechos fundamentales con la distribución de competencias sobre esas distintas realidades entre aquellos diversos poderes públicos.

El Título VIII de la CE se encuentra con el Título I en la realidad. Es en ella donde se hallan las *materias competenciales* y en la CE se fija quién puede regular esa realidad y en consecuencia quién estable-

15. De esta afirmación y sus consecuencias se hace eco Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 9 y ss.

16. Sobre este precepto véase Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, PUUZ/Civitas, Madrid, 1992, pp. 229-230; Véase también el de José Tudela Aranda, *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP/Civitas, Madrid, 1994, p. 42 y ss., y p. 138.

ce el modo de existencia de los derechos fundamentales en ella (y lo son todos los derechos de los Capítulos I y II del Título I). En este sentido debe entenderse, en mi opinión, la idea de que la dimensión objetiva de los derechos impone una homogeneidad que aminora la supuesta heterogeneidad que el sistema autonómico puede inyectar en su dimensión subjetiva. La dimensión objetiva del derecho fundamental es la que se proyecta sobre la realidad condicionando la configuración que de ella haga quien ostente la competencia correspondiente, y que en ejercicio de la misma puede dar un sentido y contenido diferente a la dimensión subjetiva del derecho.

Justo por eso es erróneo afirmar que es competencia exclusiva del Estado delimitar esa dimensión objetiva. El Estado central no puede atribuirse esa competencia porque si los derechos no son materia competencial no lo son ni para el Estado central ni para las CC.AA. En este campo, la relación entre Estado y CC.AA. depende exclusivamente del reparto de competencias habido respecto de las materias que se comprendan en la realidad sobre la que el derecho fundamental se proyecta.

Los derechos fundamentales de la CE no son ajenos a la organización territorial del Estado, ni ésta lo es a los derechos fundamentales, pues vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 CE). Sin embargo, no por ello son "materia competencial".

3.2. Los derechos fundamentales como elementos estructurantes del Estado

¿En qué medida los derechos fundamentales están ligados a la forma de Estado? Lo están en la circunstancia de ser normas que regulan el uso del poder público. Pero no por ser títulos que contengan poderes implícitos a favor del Estado central. Digámoslo otra vez, en la medida en que son normas de la *Gesamtverfassung*.

3.2.1. Los derechos fundamentales como parte de la *Gesamtverfassung*

Si hay una coincidencia entre la doctrina continental, en especial la alemana, y anglosajona, particularmente la norteamericana, so-

bre la estructura del Estado compuesto regido por el principio federal¹⁷ es la necesidad lógica y jurídica de la *Constitución global* única que posee la competencia sobre las competencias (el poder de reforma constitucional que puede disponer del reparto de competencias entre centro y periferia) y es capaz de reconducir a unidad los ordenamientos territoriales y el del Estado central. De este modo se alcanza un único punto de imputación jurídica de la validez de las normas y actos de ese *Totalordnung* que resulta de la suma de los plurales ordenamientos llevados a la unidad por la *Gesamtverfassung*.

La *Gesamtverfassung* dota de validez a los ordenamientos jurídicos parciales,¹⁸ esto es, al del Estado central y al de los territorios,

17. Hago mía la clásica distinción entre federalismo (el género) y gobierno federal (la especie); aunque la adaptación continental de esta clasificación debiera decir Estado federal (el género), donde caben muy diversas especies de "federalismo". Sobre este particular K. C. Wheare, en su libro ya citado *Federal Government*, pp. 11 y 12, 15, en las que trata de definir los rasgos del *federalismo* y realiza una interesante crítica a otras opciones. No muy distinta es la definición que del mismo hace Geoffrey Sawer, *Modern Federalism*, Pitman Australia, Victoria, 1976 (2ª edic., rev.), p. 1 y ss., en el que define el *Federal Government* como aquel que responde a los seis siguientes principios: un país considerado en su conjunto como un Estado-nación, con personalidad jurídico-internacional y provisto de un conjunto de instituciones que poseen autoridad sobre todo su territorio; ese país está dividido en territorios con sus propias instituciones con autoridad en esa área geográfica; el poder de gobierno está dividido entre el primero y los segundos cuyas instituciones de gobierno tienen un impacto directo sobre los ciudadanos en el marco de sus competencias; el reparto competencial se efectúa en una constitución, habitualmente escrita, dotada de cierta rigidez, que asegura que ninguno de los entes, central o territorial, puede reformarla unilateralmente (lo que implica la imposibilidad de secesiones salvo que la constitución misma las autorice); la constitución provee de reglas para la resolución de los conflictos (la regla general es que el derecho de las instituciones centrales siempre prevalece sobre el de los territorios); los conflictos y la precisión de las reglas de reparto suele competir a un órgano jurisdiccional.

18. Se dice con intención que les dota de validez, y no que son ordenamientos parciales delegados, como es bien sabido que sostuvo Hans Kelsen, *Allgemeine*, p. 164 y ss. Así se sorteaba el espinoso asunto de la "soberanía" de los Estados parte en una Federación. A mi juicio, la afirmación de que el rasgo que distingue a un Estado federal de otras fórmulas de descentralización política, como la autonómica española o la de devolución británica, descansa en que los Estados parte también poseen un poder constituyente propio y una Constitución soberana, no deja de tener algo de retórico, e incluso de incoherente jurídicamente (sin desdeñar, desde luego, la importancia política de semejante tesis). A mi modo de ver, jurídicamente esos rasgos son lastres del origen histórico confederal de muchos de los Estados federales modernos; útil como expediente legitimador del nuevo Estado, pero carentes de sentido jurídico. Sobre estas cuestiones véanse las ilustradoras palabras de Kelsen, *Allgemeine*, ob. cit. p. 116 y 198 y ss.; Nawiasky, *Allgemeine*, ob. cit., p. 152 y ss.; y Carre de Malberg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 1998 (reed.), p. 96 y ss.

atribuyéndoles plena capacidad para disponer de su norma constitutiva pero no para hacerlo de la Constitución global. En ella se establecen los ámbitos de autodeterminación de la conducta individual (o colectiva en su caso) indisponibles a los ordenamientos parciales, y por tanto ajenos al reparto de competencias. Así pues, ni el Estado central puede esgrimir una competencia exclusiva sobre los derechos fundamentales, pues no lo son del Estado central en el sentido de parte de su norma constitutiva; ni los territorios pueden hacer lo propio, sin perjuicio de que sus normas constitutivas puedan tener su propia declaración de derechos fundamentales, que, en cualquier caso, no podrá contrariar lo dispuesto en la *Gesamtverfassung*.

En los modelos federales es habitual que la cuestión se suscite desde justamente la última de las perspectivas señaladas. La discusión en los EE. UU. sobre las Enmiendas IV y XIV lo refleja con claridad; como también lo hace la discusión sobre la relación entre las declaraciones de derechos de la Constituciones de los *Länder* y la de la Ley Fundamental de Bonn.¹⁹

El federalismo como principio estructural se cifra en estas dos ideas-fuerza que interactúan entre sí: existe un reparto de poderes entre gobiernos independientes, y, ninguno de ellos está subordinado a los otros; son todos ellos poderes "co-ordenados". Es por ello que en rigor la *constitución federal* no es la Constitución de la federación o Estado central, sino esa *Gesamtverfassung* que acabamos de describir.

Dicho esto, el federalismo resulta ser un principio de organización de los poderes de un Estado²⁰ con arreglo a un criterio territo-

19. La hipótesis siempre ha sido la de la cohabitación de las declaraciones de derechos, la global y las territoriales, en aplicación complementaria, y prevaleciendo la de la Constitución global en caso de conflicto. Véase en general Herbert Bethge, *Die Grundrechtssicherung im föderativen Bereich*, Archiv des öffentlichen Rechts, 110, 1985, p. 169 y ss.; Gerhard Kisker, *Grundrechtsschutz gegen bundesstaatliche Vielfalt?*, Festschrift für Otto Bachof, C.F. Müller, München, 1984, p. 47 y ss.; Michael Sachs, *Das Staatsvolk in den Ländern. Überlegungen zur Landesangehörigkeit und zur staats bürgerlichen Gleichheit im Bundesstaat*, Archiv des öffentlichen Rechts, 108, 1983, p. 68 y ss. y su *Die Grundrechte im Grundgesetz und in den Landesverfassungen*, Die öffentliche Verwaltung, 12, 1995, p. 469 y ss.; Rudolf Uerpmann, *Landesrechtlicher Grundrechtsschutz und Kompetenzverordnung*, Der Staat, 35/3, 1996, p. 428 y ss. Para el hipotético caso español, véase el trabajo de Luis María Díez-Picazo, *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 78, 2006, pp. 63 y ss.

20. Véase el citado de K. C. Wheare, *Federal Government*, *ob. cit.*, p. 15.

rial, al igual que los derechos fundamentales son normas sobre el uso del poder público en los ordenamientos parciales; a saber, el del Estado central y el de los territoriales. Ambos, federalismo y derechos, son reglas sobre el ejercicio del poder público. El primero establece el reparto territorial de las funciones de dirección política y creación-aplicación de normas jurídicas condicionando la vigencia espacial de las normas del ordenamiento en función de un criterio de reparto de competencias. Los segundos, los derechos, son normas que ponen a disposición de la persona espacios de inmunidad frente al ejercicio de ese mismo poder público, sea cual sea el territorio en el que se encuentre, pues así lo exige el carácter indisponible al poder público de todo derecho fundamental.

Los derechos fundamentales, en consecuencia, no condicionan el reparto de competencias entre centro y periferia porque no es ese su objeto. Sin embargo introducen un criterio de uniformización como parte de la *Gesamtverfassung* en la medida en que su contenido es idéntico en todo el territorio del Estado (sin perjuicio, como se dirá, de que su régimen jurídico pueda ser distinto) y del que no pueden disponer los poderes públicos, los centrales o los territoriales. En esto se cifra pues su función estructurante, y no en ser fuente de poderes implícitos para el Estado central. El debate se desenfoca, al menos en el caso español, cuando la relación entre derechos y organización del territorio se encara desde esa perspectiva "competencial", viendo en el artículo 149.1.1 CE una fuente de nuevas competencias transversales del Estado central en detrimento de las CC.AA., o tratando de interpretar su contenido para evitar justamente este efecto.²¹

21. De ahí también la cautela con la que debe tomarse el ejemplo estadounidense (e incluso el alemán). Entre alguna de las interesantísimas cuestiones que plantea Akhil Reed Amar en su libro *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven/London, 1998, quiero destacar ahora su afirmación rotunda sobre la función estructurante que para la forma de Estado federal cumplieron originariamente las enmiendas a la Constitución federal de los EE. UU. que contenían los derechos constitucionales de los estadounidenses. Nos recuerda el profesor estadounidense que el debate sobre los derechos constitucionales en los orígenes de los EE. UU. tuvo mucho que ver con la construcción del federalismo. La declaración de derechos no se concibió por los "padres fundadores" como una simple cuestión de reconocimiento de derechos naturales inalienables del pueblo estadounidense, sino, y ante todo, como una cuestión federal. Si se defendía la inclusión en la Constitución federal de esa declaración, no era tanto por la necesidad de garantizar ciertas expectativas subjetivas, como por el propósito de dotar a los estadounidenses de un instrumento de defensa frente a los Estados, y, por qué no decirlo, de un instrumento de control de la Federación sobre aquéllos. En efecto, la interpretación habitual que le ha

Veámoslo desde esta otra perspectiva. Esa función estructurante estriba en ser criterio *unificante*. Los derechos fundamentales son expresión de la unidad jurídica del ordenamiento total del Estado y aseguran el equilibrio territorial entre sus partes. La uniformidad del contenido de los permisos constitucionales de autodeterminación de la conducta, o, si se quiere, de prohibición de poder público, a disposición de los individuos, garantiza que con independencia del lugar de residencia, el nivel básico de protección otorgado por los derechos fundamentales es el mismo, ya que su objeto, contenido y límites son idénticos en todo el territorio (éste es justamente el contenido del "desarrollo" de un derecho fundamental reservado a la ley orgánica del artículo 81.1 CE).²²

3.2.2. La función unificante de los derechos fundamentales en los Estados compuestos

La respuesta habitual a la pregunta acerca de la manera en que los derechos fundamentales *estructuran* la forma de Estado ha sido la de considerarlos una cláusula implícita de unidad del ordenamiento jurídico, entendiendo ésta unidad como sinónimo del estatuto constitucional de la persona frente a los poderes públicos, fuesen los centrales o los territoriales.²³ La Sentencia de la SCt.US Toomer

dado la Corte Suprema de los EE. UU. a la XIV Enmienda CEEUU ha sido aquella en la que dicha Enmienda apoderaba a la Federación para proteger frente a los Estados la esfera de autonomía individual que garantizaba la *declaración de derechos*, de forma que dicha Enmienda operaba como la *cláusula de comercio*. Sobre el particular, y la teoría de las tres esferas autónomas (la esfera del poder estatal, la del poder federal y la de la autonomía individual), empleada por la Corte Suprema, véase de Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, New York, 1988 (2ª edic.), p. 554 y ss.

22. Esta perspectiva no está ligada a la teoría del *right to exit* formulada por Richard Stewart según la cual el Estado federal, a través de la imposición a los Estados federados de una carta uniforme de derechos asegura el equilibrio territorial entre Estados garantizando un estándar similar de protección en todo lugar a quienes precisamente no pueden abandonar el Estado federado en el que han visto restringidos sus derechos. En el fondo, esta es la cuestión que resuelve el Caso Saenz de la Corte Suprema. Véase el trabajo de Richard Stewart, *Federalism and Rights. Federalism: Allocating Responsibility between the Federal and State Courts*, Georgia Law Review, núm.19, 1985, p. 917 y ss., en especial p. 929 y ss.; y el comentario a esta Sentencia de Tribe en su ya citado *Saenz Sans Prophecy*.

23. Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, ob. cit., p. 528; y Antonio Ruggieri, *Neorregionalismo, dinámica normativa y derechos fundamentales*, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 65 (I), p. 177 y ss., p. 206.

v. Witsell²⁴ sostuvo, al interpretar la IV Enmienda CEEUU, que los derechos constitucionales eran el *cemento* de la unidad de los EEUU: la igualdad de *privilegios e inmunidades* en todo el territorio del Estado constituía el pilar sobre el que se edificaba la unidad de la Federación.

Pues bien, esta es la idea más extendida en lo relativo a la función estructurante de los derechos fundamentales. La unidad del Estado descentralizado territorialmente se alcanza a través de la garantía de unos derechos fundamentales, iguales para todos los residentes en el territorio del Estado, que no podrán ser discriminados por razón de su procedencia. Una garantía que le corresponde hacer efectiva en el conjunto del territorio al Estado central. De ello se deduce sin dificultad que, como dijo la citada STC 25/1981, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura territorial del Estado; y, además, son competencia exclusiva del Estado central, hasta el punto de que dicha competencia sería, a un tiempo, transversal y vertical. Transversal porque habilitaría al Estado central para regular cualquier materia con el propósito de salvaguardar la identidad constitucional de los derechos fundamentales; vertical por cuanto, en ejercicio de esa competencia universal, el Estado central podría limitar y/o condicionar las competencias autonómicas que pudieran afectar a los derechos fundamentales, a cualquier derecho fundamental, aun a pesar de que esa afectación se produzca en el legítimo ejercicio de esa competencia.²⁵

A mi juicio, ninguna de las dos afirmaciones es correcta para el caso del sistema constitucional español (como en rigor tampoco lo es en abstracto para cualquier forma de Estado no unitario).

No creo que los derechos fundamentales cumplan esa función estructurante y articuladora de la forma territorial del Estado haciendo de ellos una excusa para un remedo de expediente de control del Estado central sobre la actuación de las CC.AA., o en cuanto fuentes

24. SCt.US 385 US. 395 (1948), sobre esto, una vez más, Tribe, *ob. cit.*, p. 528.

25. No puede entenderse de otro modo esa afirmación de la STC 173/1998 según la cual la ley estatal reguladora de las condiciones básicas para el disfrute en pie de igualdad de los derechos del artículo 149.1.1 CE puede invalidar las normas autonómicas preexistentes si la contradicen, sin perjuicio de que estas últimas pudieran ser perfectamente constitucionales hasta la promulgación de la ley estatal. Más adelante abordaré esta espinosa cuestión.

de una competencia universal a favor del Estado central para todo lo que les afecte. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional español no poseen esta función. Su fin en este contexto no es el de ser un instrumento de defensa de la persona frente al poder público de las CC.AA. cuyo garante sea el Estado central.

Cierto que así parece concebirlo en ocasiones nuestro TC que con su interpretación del artículo 149.1.1 CE, y antes con la del artículo 139 CE, parece erigir al Estado central en defensor último de la santidad de los derechos fundamentales frente a la acción autonómica. De este modo, el Título I y sus normas conexas (art. 81.1, artículo 139 y 149.1.1, incluso la visión de la legislación básica en materia de educación y medios de comunicación) se transforman en normas atributivas de competencias implícitas del Estado central. Competencias verticales sobre las de las CC.AA.

El conveniente abandono del modelo de, en palabras de Francisco Caamaño, Estado unitario subyacente²⁶ tras las SSTC 118/1996 y 61/1997, que alteraron el sentido que hasta ese momento se le daba a la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE, se frustraría al reintroducirse la competencia legislativa universal del Estado central por medio del artículo 149.1.1 CE. Los derechos se concebirían como asunto del Estado central que velará por su respeto en todo el territorio del Estado, asegurando la *uniformidad* de su contenido, y asumiendo la condición de único poder público habilitado para regular el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. El legislador estatal universal sería el legislador de los derechos fundamentales en la medida en que no existe prácticamente materia alguna que de un modo u otro no afecte a los derechos del Título I CE.

No es éste ni siquiera el sentido literal del artículo 149.1.1 CE. Pero que este planteamiento sea erróneo, no da razón a quienes, yendo al otro extremo, estiman que los derechos fundamentales son, como cualquier otra cosa, una "materia competencial".

A mi juicio, la función estructurante de los derechos fundamentales se limita a ser un criterio de unidad en el Estado compuesto al

26. Francisco Caamaño, *El abandono de lo básico: Estado autonómico y mitos fundacionales*, Anuario de derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 12/13, 2000-2001, p. 87 y ss., p. 95.

estar ubicados en su *Constitución global*, pues toda persona tiene los mismos derechos fundamentales en todo el territorio del Estado. En esa medida, los derechos fundamentales no son materia competencial del Estado central, ni su protección inviste a éste de género alguno de poderes implícitos (transversales y/o verticales) sobre los territorios autónomos. Los derechos fundamentales son cosa del *Gesamtstaat*.²⁷

La función *unificante* de los derechos no estriba en el artículo 149.1.1 CE porque éste no atribuye al Estado central el deber de uniformizar el régimen jurídico de los derechos fundamentales (lo que ni siquiera exige el artículo 139.1 CE). Si los derechos tienen ese efecto, lo es por la indisponibilidad de su contenido, objeto y límites al poder legislativo, central o territorial. En consecuencia, esa definición constitucional del derecho fundamental es igual para todo el territorio del Estado, y a través suyo la posible diversidad territorial se reconduce a unidad al permanecer incólume la identidad constitucional de los derechos (aunque su régimen jurídico pueda variar).

3.3. Competencias legislativas y derechos fundamentales: artículos 53, 81 y 149.1.1 CE

El artículo 149.1.1 CE, pues, no ofrece al Estado central una competencia legislativa universal sobre los derechos, como si se tratara de una reserva general de desarrollo y regulación del ejercicio de los derechos fundamentales a favor del Estado central. Ni es posible sujetar los derechos fundamentales a la lógica del reparto de competencias.

27. Incluso desde la noción del "political federalism" (según la cual el federalismo antes que una regla legal o un principio constitucional es la constitucionalización de un proceso de estructuración de conflictos políticos entre centro y periferia de manera que los intereses de los Estados federados se garantizan a través del "political process" y no del "judicial review"), los derechos fundamentales han sido abstraídos de ese proceso por una decisión del Constituyente al incorporar una Declaración de Derechos a la Constitución federal. Esto es, los derechos fundamentales no son objeto, ni pueden ser objeto, del proceso político de reparto del poder público entre los distintos territorios de un Estado, por lo tanto, de las disputas, negociaciones y conflictos sobre el alcance de poder público repartido entre centro y periferia. Véase, Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1980.

De un lado, y a la vista de lo establecido en el artículo 53.1 y 81.1 CE, la CE no atribuye al Estado central una competencia general el artículo 149.1.1 para la regulación de los derechos fundamentales. El legislador orgánico, cuando desarrolla derechos fundamentales, al igual que cuando reforma la Constitución, no lo es del Estado central, sino de la *Gesamtverfassung*. La Ley orgánica es una norma legal del ordenamiento global con vigencia en todo el territorio del Estado y única competente para desarrollar el contenido de un derecho fundamental.

La cuestión es otra cuando se trata de regular el ejercicio de los derechos. El artículo 53.1 CE es una norma que regula una habilitación tanto para el Estado, esta vez sí, central, como para las CC.AA. La ley estatal central y la ley autonómica son normas idóneas para regular el ejercicio de los derechos fundamentales (STC 37/1981 FJ 2). Sucede, entonces, que la forma de establecer qué compete a quién depende justamente del reparto competencial fijado en el bloque constitucional. No son los derechos los que se reparten, sino su régimen jurídico; esto es, la regulación de su realización en la práctica. Un ejercicio que necesariamente se da en la realidad; realidad que está sujeta a reparto competencial. Así pues, tendrá la competencia para regular el ejercicio de un derecho fundamental aquel que sea el titular de la materia en la que ese ejercicio deba regularse.

Como he tenido ocasión de afirmar en otro lugar,²⁸ el artículo 53.1 CE no atribuye al Estado central una competencia genérica y universal para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, desligada de las materias competenciales del Estado central, "que incluso se sobreponga a las regulaciones sectoriales del ejercicio del derecho en cuestión efectuadas por las Comunidades Autónomas. Nada ha dicho expresamente sobre este extremo el TC y las veces que se ha pronunciado ha sido para vincular la ley estatal o al desarrollo de los derechos del artículo 81.1 CE (STC 173/1998) o al artículo 149.1.1 CE (SSTC 37/1981, 290/2000). A nuestro juicio, y dado que el artículo 149.3 no atribuye ninguna competencia universal al Estado ni siquiera para crear normas supletorias (SSTC 15/1989, 118/1996), éste carece de esa competencia genérica salvo lo dispuesto en el artículo 141.1.1 CE.

Como dice la citada STC 37/1981, la ley del artículo 53.1 CE sólo será ley de Cortes Generales cuando, con esa regulación genérica del ejercicio de los derechos, el Estado pretenda establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Para el resto de los casos, la regulación del ejercicio de un derecho fundamental será competencia de aquel que tenga atribuida la de la materia en la que se encuadra dicha regulación. Así lo expresa la STC 173/1998 (FJ 7)“:

“Pues bien, uno de los criterios fundamentales que, junto a los ya mencionados, ha orientado la realización de esta tarea de definición sistemática, ha sido el de reservar al Estado ex artículo 81.1 C.E. la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o «en cuanto tal», en tanto que se atribuye la regulación de la «materia» sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997 y, en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985 y 157/1992)“.

4. Alguna cuestión de teoría general de los derechos fundamentales. La uniformidad de su definición constitucional

El hilo conductor que debe seguirse para situar correctamente la competencia del artículo 149.1.1 en el orden constitucional diseñado en la CE debe ser éste, en mi opinión: distinguir entre el derecho fundamental y su régimen jurídico. Lo que en cierto modo trató de hacer la STC 173/1998 al distinguir entre el contenido del derecho fundamental y el sector jurídico o ámbito de la realidad sobre el que se proyecta. Esta distinción es capital.

4.1. La definición constitucional de los derechos fundamentales y su indisponibilidad

Algunas de las tesis sobre la relación derechos fundamentales-Estado compuesto se sostienen en tesis como la expresada por Cabellos Espiérrez cuando, reflexionando sobre los giros jurisprudenciales del TC relativos al artículo 149.1.1 CE, parece mantener la “diversidad par-

cial en el contenido de derechos y deberes (allá donde la Constitución no haya dispuesto de inicio la exclusividad de la competencia estatal, naturalmente)".²⁹ Sin embargo, no es posible que haya diversidad de "contenidos" de los derechos fundamentales porque sería contrario a su propia condición de tales. El contenido constitucional de un derecho fundamental es uno: el fijado en abstracto en la Constitución. Si no fuese así, no sólo se relativizaría el contenido normativo de la propia Constitución, su supremacía normativa misma, sino que, además, se negaría la condición de fundamentales a los derechos ya que habrían perdido su carácter de indisponibles en la medida en que lo que sean queda al albur de la voluntad de quien tenga atribuida, según el caso, la competencia sobre el *derecho fundamental* convertido de este modo en *materia competencial*.

Si es ésta la perspectiva que se adopta, no extraña que el debate en torno al artículo 149.1.1 CE haya girado justamente sobre el alcance de una competencia en apariencia concurrente del Estado central y las CC.AA. para regular el *contenido* del derecho fundamental. Sin embargo la tesis aquí sostenida es muy distinta.

A mi entender, el derecho fundamental siempre es uno, su contenido no es plural, y no es *materia competencial*. Siendo así, el artículo 81.1 CE atribuye naturalmente una competencia al Estado, pero no al Estado *central*; o dicho de otro modo, le atribuye una competencia al Estado no en tanto ordenamiento jurídico parcial distinto del de las CC.AA., sino al Estado como *Totalordnung* constituido por la *Gesamtverfassung* encarnada en la CE.

Ocurre que los derechos fundamentales se ejercen en la realidad. Y ese ejercicio que se sucede en distintos ámbitos de la realidad y sectores del ordenamiento jurídico pueden, ciertamente, ser regulados tanto por el Estado, esta vez sí el central, como por las CC.AA. La determinación de quién tiene la competencia en cada caso para realizar esa regulación, convenido que del artículo 53.1 CE no se deriva ningún título competencial en favor del Estado central que le permita regular en cualquier caso y con carácter universal el ejercicio de cualesquiera derechos, dependerá, pues, del reparto de competencias sobre aquellos ámbitos o sectores (la *materia*) dispuesto en el bloque

constitucional. En este contexto, la función del artículo 149.1.1 CE es bien modesta: atribuir al Estado central la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales. De manera, que no basta con asegurar que nadie será discriminado en ese ejercicio por razón de la procedencia, lo que exige el artículo 139.1 CE. Además, el Estado central puede imponer un régimen jurídico mínimo del ejercicio de los derechos fundamentales.

La Constitución define de una vez el derecho fundamental. Cierto que en abstracto. Pero no es menos cierto que esa abstracción conlleva únicamente una labor interpretativa de concreción de grado superior y mayor complejidad al propio de otras normas del ordenamiento; en modo alguno una disponibilidad del contenido del derecho.³⁰

4.2. El legislador de los derechos fundamentales

La *fundamentalidad* del derecho fundamental estriba justamente en su indisponibilidad al poder público; también al legislador, sea el estatal, el autonómico, e incluso el de la *Gesamtverfassung* (legislador orgánico), salvo cuando obra como poder de reforma constitucional. Los titulares de los derechos, su objeto (lo que regula), su contenido (las técnicas para la protección del objeto) y sus límites (las condiciones de pérdida del amparo iusfundamental) ya están definidos abstractamente en la norma constitucional que contiene el derecho fundamental correspondiente y los poderes públicos, señaladamente el legislador y la jurisdicción ordinaria, están llamados a concretar en cada caso ese contenido (en sentido amplio) de los derechos fundamentales. Es ésta una labor de delimitación que con arreglo al artículo 81.1 CE sólo puede llevar a cabo en nuestro sistema constitucional (con validez para todo el territorio) el legislador orgánico.

En esto, la ley orgánica del artículo 81.1 CE, en tanto puede delimitar el derecho fundamental y establecer cuál sea su contenido constitucional (titulares, objeto, contenido en sentido estricto y límites), cierra una apertura constitucional integrando de este modo un blo-

30. Sobre todos estos extremos, una vez más, véase Bastida y otros, *Teoría general*, ob. cit., Caps. 2, I.1 y 3, I y II, 6, I.1.

que de la constitucionalidad, ya que, en tanto no sea declarada inconstitucional (pues hasta para el legislador orgánico el derecho fundamental es indisponible), lo que sea el derecho fundamental vendrá definido por la ley orgánica que lo desarrolle.³¹ Es por esto que, a mi juicio, el legislador orgánico al tener atribuida esa función de cierre constitucional actúa como órgano de la *Gesamtverfassung* imponiéndose al resto. El artículo 81.1 CE no atribuye, en rigor, *competencias* porque su *materia* no es competencial.

Si esto es así, ni el legislador estatal ni el autonómico están apoderados para introducir diversidad alguna en el contenido del derecho fundamental en cuestión; ni siquiera, desde luego, para contrariar lo dispuesto en la ley orgánica que lo desarrolle de existir ésta. El artículo 53.1 CE, como ya se ha dicho, sólo habilita al legislador estatal y autonómico para regular el ejercicio de los derechos fundamentales fijando sus condiciones de modo, tiempo y forma (STC 292/2000), pero no pudiendo concretar extremo alguno (en principio) relativo a sus titulares, a su objeto, a su contenido en sentido estricto y a sus límites.

La propia CE con su declaración de derechos y las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales, de existir éstas, constituyen un bloque de la constitucionalidad³² al que están sujetos el legislador autonómico, y también el estatal central incluso cuando ejercita su competencia del artículo 149.1.1 CE. Ninguno de estos dos legisladores, el estatal central o el autonómico, están habilitados constitucionalmente para delimitar el contenido (en sentido amplio) de los derechos fundamentales, únicamente pueden regular los ámbitos de la realidad y los sectores jurídicos en los que quepa ser ejercido un derecho fundamental. Sólo en este extremo el legislador estatal central y el autonómico podrán introducir diversidad de regulaciones: en el régimen jurídico del modo, tiempo y lugar de ejercicio de los derechos fundamentales.

31 Este argumento se desarrolla con mayor detalle en la p. 164 y ss. del libro Bastida, Villaverde, Requejo, Presno, Aláez, Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales*, ob. cit.

32. Y no bloque constitucional al carecer la ley orgánica de la nota de necesidad, pues el derecho fundamental despliega toda su eficacia haya o no ley orgánica que lo desarrolle.

5. Una interpretación constitucionalmente conforme del artículo 149.1.1 CE

Soy del parecer, visto lo antecedente, que el artículo 149.1.1 CE presupone dos ideas: que las Comunidades Autónomas tienen potestad para regular el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de sus propias titularidades competenciales; y que la igualdad básica en el ejercicio de los derechos fundamentales deriva, por estar insita en ellos, de la definición constitucional del propio derecho fundamental, y que sólo admite los límites que la Constitución le imponga o quien habilitado por ella pueda hacerlo. La posible restricción a esa igualdad derivada de la identidad del contenido constitucional de los derechos fundamentales, en definitiva, la introducción de diferencias en ese contenido resulta ser materia reservada a la ley orgánica y sustraída a las CC.AA.

Por tanto, la función del artículo 149.1.1 CE es otra: limitar la diversidad derivada de la potestad autonómica sobre regulación del ejercicio de los derechos, fijando, a partir de lo establecido en el precepto constitucional (y la ley orgánica que lo desarrolle en su caso), las *garantías* de esa igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que, por lógica lleva a que la competencia del artículo 149.1.1 CE no sólo sea normativa, sino también organizativa, pues una de esas garantías bien puede serlo un ente público creado con la finalidad de velar y hacer efectiva esa igualdad.

El artículo 149.1.1 CE impone un límite a la diversidad en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que pudiere resultar del ejercicio por las CC. AA de su competencia para hacerlo en aquellas materias respecto de las que posea un título (en este sentido las SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2, 87/1985 FJ 8, 37/1987 FJ 10, 156/1995 FJ 5). Con este propósito, el citado precepto habilita al Estado central para imponer esos límites, no al derecho, sino a la competencia autonómica. De hecho la STC 37/2002 afirma que el artículo 149.1.1 CE apodera al Estado central para limitar las competencias de las CC.AA. fijando unas condiciones uniformes de ejercicio de los derechos fundamentales. Pero al tiempo que lo hace, constriñe la competencia estatal, pues el Estado central ya no es el destinatario de una habilitación genérica para regular el ejercicio de los derechos fundamentales en cualesquiera sectores de la vida social y ámbitos normativos, sino sólo y exclusivamente para hacerlo estableciendo aquellas condiciones bási-

cas de igualdad, que de regularse, desplazan en ese extremo a la normativa autonómica, de existir ésta (SSTC 82/1986 FJ 4 y 173/1998 FJ 9).

Dicho esto, analicemos ahora, de un lado, el alcance de la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales, y de otro, la función del artículo 149.1.1 CE en relación con la diversidad autonómica.

5.1. La igualdad en la diversidad. Los derechos fundamentales: artículos 139 y 149.1.1 CE

Algún autor ha querido ver en el artículo 149.1.1 CE un título competencial que autoriza al Estado central para establecer las condiciones necesarias para alcanzar la igualdad real en el ejercicio de los derechos fundamentales en todo el territorio del Estado.³³ Se ha propuesto también que la función del artículo 149.1.1 CE es la de servir para que el Estado central intervenga corrigiendo las actuaciones discriminatorias de las CC.AA. en materia de derechos fundamentales.³⁴

Semejante tesis no sólo debe salvar el escollo que la propia literalidad del precepto le pone, sino que, además, hace del Estado central en un remedo de instancia de control sobre la actividad reguladora de las CC.AA. en esta materia. Repárese en que ni siquiera el artículo 139.1 CE impone la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales.

33. Quizá el ejemplo más claro es la tesis sostenida por José María Baño León *Las Autonomías territoriales y el principio de la uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988. En esta línea podrían estar Carro Fernández-Valmayor (*Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1 CE*, Revista Española de Derecho Constitucional, num.1, 1981, p. 133 y ss.), Alonso de Antonio (*Artículo 149.1.1ª, 4ª, 5ª, 7ª, 10ª a 32ª, 2 y 3: sistema de distribución de competencias*, en "Comentarios a la Constitución española de 1978", Alazana (dir.), Tomo XI, Cortes Generales, EDERSA, 1999), Aragón Reyes en su libro *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 105 y ss.; o Tudela Aranda (*Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP/Civitas, Madrid, 1994). El propio Cabellos Espíerrez, aunque muy crítico con esta tesis (p. 55 y ss., y 76 y ss. de su libro citado), también se acerca a ella al sostener que el propósito del artículo 149.1.1 es dotar al Estado de un título que le permita garantizar una cierta igualdad en el sistema jurídico (p. 79 y ss.). Deduzco de sus afirmaciones que parece ver en el artículo 149.1.1 CE el título competencial que, en cambio, no posee el Estado para asentar su "spending power" en materia de subvenciones (STC 13/1992, por todas).

34. Quizá el más claro defensor de esta tesis es Corretja Torrens, *La garantía del principio d'igualtat en l'art. 149.1.1*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1991.

Cierto es que la propia Constitución ha puesto límites a la potestad autonómica en esta materia. El poder autonómico regulador del ejercicio de los derechos no es un poder genérico, ya que la capacidad jurídica para regular el ejercicio de un derecho fundamental depende por entero de los títulos competenciales y de que éstos atribuyan potestades legislativas a la CC.AA. en cuestión, lo que ya es de suyo una severa restricción a dicha potestad. La primera de ellos, naturalmente, es la que les impone, en lo que ahora importa, el artículo 139.1: la igualdad de posición de todos los españoles ante el correspondiente ordenamiento autonómico (SSTC 122/1988, FJ 5, 319/1993 FJ 5, 37/1994 FJ 19, 173/1998, FJ 10).³⁵

Por otra parte, la reserva de ley del artículo 53.1 CE habilita a las CC.AA. para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, amparando la diversidad en el régimen jurídico de los derechos. Nada impide en la CE que un mismo derecho fundamental tenga un régimen jurídico (de su ejercicio, se entiende, desde luego) diverso según el territorio. Cosa distinta es que las CC.AA. no puedan discriminar en la aplicación de ese régimen a sus destinatarios en función de su residencia o procedencia, so pena de vulnerar el artículo 139.1 CE. Pero, de ser ese el caso, la reparación de la discriminación por razón de residencia o procedencia cometida por las CC.AA. no se repara ni requiere de una intervención estatal amparada en el artículo 149.1.1 CE, basta la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica. Es más, sólo el TC podrá declarar si en efecto se ha producido esa infracción del artículo 139.1 en relación con el artículo 14 CE; el Estado central, ni siquiera al amparo del artículo 153 o el artículo 155, podría esgrimir el artículo 149.1.1 CE para legitimar una ley estatal dirigida a corregir esa posible discriminación.

La igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales no deriva ni del artículo 139 CE, ni del artículo 149.1.1 CE. Ni mucho me-

35. Sobre el sentido del artículo 139.1 CE, la relación con el artículo 14 CE y el artículo 149.1.1 CE (y otros títulos competenciales), STC 319/1993, FJ 5; también las SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2 y 61/1982 FJ 4. Véase de Ignacio de Otto y Pardo, *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*, en: "Estudios sobre Derecho estatal y autonómico", Civitas, Madrid, 1986, pp. 143 y ss.; y de Juan Pemán Gavín su libro *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid 1992, cuyas reflexiones sustentan el planteamiento hecho en este Borrador. En un sentido distinto José María Baño León *Las Autonomías territoriales y el principio de la uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

nos este último precepto es una norma atributiva de competencias sobre la igualdad, ni básica, ni real, ni formal, de los derechos fundamentales.³⁶

El artículo 149.1.1 CE ha traído a la distribución territorial del poder la igualdad esencial en la titularidad y el disfrute de todo derecho fundamental. Esta igualdad es consecuencia de la indisponibilidad de la identidad constitucional de cada derecho fundamental (lo que constitucionalmente es, no lo que el legislador interpreta y concreta en sus leyes qué es). Por definición, pues no sería entonces *fundamental*, en su condición de norma que define el estatuto jurídico básico de la persona y el ciudadano, ligada al principio democrático (art. 1.1, 9.1 y 2, 10.1, 14 y 53.1 CE), no tolera, inicialmente, un tratamiento jurídico diferenciado entre sus titulares respecto de aquellos elementos esenciales que definen la identidad constitucional de cada derecho fundamental.

Ahora bien, esa *identidad* de cada derecho fundamental no implica que el régimen jurídico de su ejercicio deba ser en todo caso uniforme, lo que sería contrario al reconocimiento constitucional de que también las CC.AA. pueden regular el ejercicio de un derecho fundamental al albur de la regulación de las materias cuya competencia tenga atribuida estatutariamente. Esta última circunstancia implica de suyo la posibilidad de que existan diversos regímenes jurídicos del disfrute de los derechos fundamentales que son constitucionalmente admisibles siempre que esas diferenciaciones no sean de las proscritas expresamente en el artículo 14 CE o en el artículo 139.1 CE y, sobre todo, siempre que no supongan una alteración de la identidad constitucional del derecho fundamental en cuestión, es decir, de sus elementos esenciales.

36. Consúltese Germán Fernández Farreres, *El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes*, Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 2, 1999, p. 21 y ss., p. 42 y ss. Sobre el sentido del artículo 139.1 CE, la relación con el artículo 14 CE y el artículo 149.1.1 CE (y otros títulos competenciales), STC 319/1993, FJ 5; también las SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2 y 61/1982 FJ 4. Véase de Ignacio de Otto y Pardo, *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*, en: "Estudios sobre Derecho estatal y autonómico", Civitas, Madrid, 1986, pp. 143 y ss.; y de Juan Pemán Gavín su libro *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid 1992, cuyas reflexiones sustentan el planteamiento hecho en estas líneas.

Tampoco parece plausible considerar que el propósito del artículo 149.1.1 CE es perseguir la igualdad real atribuyendo al Estado central un título habilitante para practicar políticas de derechos fundamentales en el marco del artículo 9.2 CE, incluso en ámbitos de titularidad autonómica. Ya Cruz Villalón ha señalado, y a esta misma tesis me sumo yo, que el Estado social no es una tarea específica del Estado central por mor del artículo 149.1.1 CE, sino una obligación que sujeta a todos los poderes públicos.³⁷

5.2. La unidad en la igualdad: el artículo 149.1.1 CE

El artículo 149.1.1 (STC 67/1991, FJ 7 a 10 y 173/1998, FJ 9) atribuye al Estado el título competencial por el cual puede regular, y sólo él, las condiciones básicas de la igualdad, esto es, las condiciones imprescindibles para alcanzar la igualdad básica de los españoles en el disfrute de los derechos fundamentales. En puridad, no es el derecho fundamental la materia del artículo 149.1.1 CE, lo que provocaría el solapamiento con lo ya dispuesto en el artículo 81.1 CE convirtiendo en superfluo uno de los dos preceptos (SSTC 32/1983, 82/1986).³⁸ El objeto del artículo 149.1.1 CE es, más bien, las condiciones básicas que aseguren una igualdad sustancial en el disfrute de los derechos constitucionales, que condicionarán todos los sectores de la vida social sobre los que se proyecte el concreto derecho fundamental, y cuyo establecimiento se atribuye al Estado.

El artículo 149.1.1 CE impone un límite a la diversidad que pudiere resultar del hecho de que la Constitución reconoce competencia en la materia a las Comunidades Autónomas (SSTC 5/1981, FJ 22, 37/1981, FJ 2, 87/1985 FJ 8, 37/1987 FJ 10, 156/1995 FJ 5). Con este

37. Pedro Cruz Villalón, *Los Derechos sociales y el Estatuto de Autonomía*, en "Estudios sobre el Estado social y las Comunidad Autónomas Andaluza", Cámara/Cano (dir.), Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993, p. 98 y ss., p. 108. Véase también el libro de Eva Sáenz Royo, *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomson/Civitas/Gobierno de Aragón, Madrid, 2003, p. 277 y ss.

38. Cabría preguntarse si cabe la posibilidad de que puedan coincidir en su objeto el artículo 81.1 y 149.1.1 CE de forma que el desarrollo fundamental también lo pudiera ser de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 cuando el sector social o el ámbito normativo sobre el que se proyecta el derecho fundamental sea un elemento esencial de su definición constitucional (STC 76/1983, FJ 2, y 154/1988).

propósito el citado precepto habilita al Estado central para imponer esos límites. Pero al tiempo que lo hace, constriñe la competencia estatal, pues el Estado ya no recibe una habilitación genérica para regular el ejercicio de los derechos fundamentales en cualesquiera sectores de la vida social y ámbitos normativos, sino sólo y exclusivamente para hacerlo estableciendo aquellas condiciones básicas de igualdad, que, de regularse, desplazan en ese extremo a la normativa autonómica, de existir ésta (SSTC 82/1986 FJ 4 y 173/1998 FJ 9).³⁹

Por tales “condiciones básicas” podría entenderse la regulación de las condiciones mínimas e indispensables para el ejercicio y la protección del derecho fundamental en todo el territorio del Estado, lo que podría incluir también la normación de la articulación orgánica y procesal de ese ejercicio y protección. Regulación de condiciones básicas que no se reduce únicamente a la dimensión estrictamente normativa de definición e imposición de esas condiciones, sino que, por lógica consecuencia, debe extenderse también al “marco organizativo” que haga posible el ejercicio del derecho fundamental en cuestión y que, en ocasiones, contribuye de forma más eficaz a garantizar la identidad constitucional del derecho en el conjunto del territorio del Estado, que es en lo que consiste la *igualdad* de su disfrute.⁴⁰

Por tanto, el artículo 149.1.1 CE no persigue atribuir al Estado la competencia necesaria para someter los derechos fundamentales a un régimen jurídico uniforme y unitario, sino a que la diversidad de tratamientos jurídicos posibles de su ejercicio e incidencia en diversos sectores de la realidad social y ámbitos normativos encuentre un límite en la identidad constitucional del propio derecho fundamental, lo que el legislador estatal puede garantizar estableciendo

39. Si en efecto, como dice la STC 173/1998, la normativa autonómica puede verse desplazada si se aprueba posteriormente una norma estatal del artículo 149.1.1 CE, este precepto contendría un remedo de competencia parcialmente concurrente en materia de la regulación del ejercicio de derechos fundamentales, pues el Estado puede legislar sobre algo que ha podido ser regulado ya por la Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias (aunque en rigor la concurrencia es impropia, ya que no hay identidad de materias a pesar de que pueda haber coincidencia de objetos de las normas estatal y autonómica).

40. En este sentido podrían leerse las SSTC 5/1981, FJ 27 a, 6/1982 FJ 2 y 4, 137/1986 FJ 4, 154/1988, FJ 5, 61/1997 FJ 8.

cuales son las condiciones básicas de la igualdad en su ejercicio a las que las CC.AA. deben someterse. En fin, que el citado precepto constitucional no faculta al Estado para regular las condiciones que establezcan esa igualdad sustancial, sino las que la garantizan, puesto que el propio principio autonómico limita esa pretensión de uniformidad (art. 2 y 137 CE).

Así pues, el régimen jurídico de un derecho fundamental sólo resulta ser uniforme en esas "condiciones básicas", al margen, claro está, de lo establecido por el legislador orgánico desarrollando el derecho fundamental mismo. Unas condiciones básicas que deben limitarse a las mínimas e indispensables para que el derecho fundamental sea reconocible como tal. Pero dichas condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE no se deben identificar con aspectos de los elementos esenciales del derecho, que como tales son materia de su desarrollo.⁴¹ No es objeto del artículo 149.1.1 CE ni el derecho fundamental mismo, ni la igualdad en su régimen jurídico, sino las garantías de que el ejercicio del derecho fundamental en cuestión responde a un estándar mínimo en todo el territorio del Estado.

5.3. Las competencias de las CC.AA. para la mayor garantía de los derechos

Por último, cabe preguntarse si las CC.AA. pueden ir más allá de las garantías que el Estado central establezca. Nada hay, a mi juicio, que lo impida, pues el artículo 149.1.1 CE habilita al Estado central para una actuación de mínimos, "básica", pero no de máximos.

En efecto, a mi juicio, el Estado central sólo puede uniformar el régimen jurídico del ejercicio de los derechos fundamentales estableciendo unas condiciones mínimas, indispensables; estableciendo, pues, un estándar mínimo de condiciones de tiempo, espacio y modo de ejercicio de los derechos fundamentales igual en todo el territorio del Estado.

La decisión sobre cuándo se dan las circunstancias para proceder a promulgar una ley del artículo 149.1.1 CE obedece en esencia a

41. Así lo decía con acierto el Voto Particular formulado a la STC 173/1998.

un juicio de oportunidad jurídica en la medida en que el artículo 149.1.1 CE es un título competencial y no una medida coercitiva en manos del Estado para el control del cumplimiento por las CC.AA. de sus obligaciones para con los derechos fundamentales.

Ahora bien, incluso en el caso de que se aprobase una ley del artículo 149.1.1 CE, nada obsta para que las CC.AA. regulasen el ejercicio de los derechos en aquellas materias de su competencia y en el marco de la norma estatal estableciendo mayores garantías o protecciones suplementarias al ejercicio de los derechos fundamentales respecto de las previstas en la legislación estatal. La ley del artículo 149.1.1 CE no es una norma con cuya aprobación se sustraiga a las CC.AA. su competencia de regulación del ejercicio de los derechos, por mucho que la pueda limitar o condicionar. Prueba de ello es la posibilidad de que las CC.AA. reconozcan una serie de prestaciones a favor de los titulares de los derechos fundamentales en cuestión superiores, o, simplemente, no previstas en la legislación estatal. La competencia autonómica sobre regulación de los derechos deriva del artículo 53.1 CE en relación con el acervo de sus titularidades competenciales, no de la legislación estatal del artículo 149.1.1 CE.

6. Conclusiones

Lo dicho hasta el momento puede sustanciarse en las siguientes afirmaciones. El artículo 149.1.1 CE habilita al Estado central para establecer límites a la diversidad del régimen autonómico del ejercicio de los derechos fundamentales, pero no contiene un principio de uniformidad del régimen jurídico de los derechos fundamentales. El artículo 149.1.1 no atribuye una competencia sobre la igualdad en el ejercicio que imponga un régimen uniforme y unitario del mismo, sino una competencia para establecer las garantías de esa igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que, por lógica lleva a que la competencia del artículo 149.1.1 CE no sólo sea normativa, sino también organizativa y procedimental.

La función del artículo 149.1.1 consiste en otorgar un título competencial exclusivo al Estado central, no para desarrollar el derecho fundamental, ni para regular el ejercicio de todos los derechos en cualesquiera situaciones y casos, sino para fijar unas condiciones y reglas mínimas sobre el ejercicio de los derechos con el fin

de uniformar únicamente en este extremo la posible diversidad de regímenes autonómicos reguladores del ejercicio de los derechos en aquellos ámbitos encuadrables en materias de competencia autonómica.

El Estado no desarrolla los derechos fundamentales con la norma creada en el ejercicio de la competencia del artículo 149.1.1 CE, ni persigue con ello lograr la igualdad sustancial en su régimen jurídico. Este precepto le habilita tan sólo, lo que no es poco, a limitar la posible diversidad en la regulación de las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejercicio de los derechos fundamentales, fijando las que sean básicas para asegurar un estándar mínimo igual de ejercicio en todo el territorio del Estado a fin de garantizar la identidad constitucional del derecho en todo el territorio, sin perjuicio de que las CC.AA. puedan mejorar ese estándar mínimo en uso de sus competencias.

En caso de que el legislador estatal dicte normas legales al amparo del artículo 149.1.1 CE, la legislación autonómica deberá adaptarse a ese estándar mínimo so pena de incurrir en infracción sobrevenida del orden constitucional de reparto de competencias, lo que, en su caso, provocará únicamente la inaplicabilidad de la ley autonómica, pero no su inconstitucionalidad. A mi juicio, así debe entenderse la STC 173/1998 cuando afirma que la ley del Estado desplaza a la autonómica en estos casos, como una manifestación, acaso la única, del principio recogido en el artículo 149.3 CE según el cual el derecho del Estado prevalece sobre el de las CC.AA. en caso de conflicto en todo lo que no esté atribuido en exclusiva a la competencia de éstas, como así sucede en este supuesto.

No obstante, la limitación impuesta al derecho autonómico por la ley estatal del artículo 149.1.1 CE sólo es lícita en tanto el derecho del Estado se constriñe a la fijación de las garantías mínimas e indispensables para asegurar un estándar básico de ejercicio de los derechos para todo el territorio del Estado. El objeto del artículo 149.1.1 CE no son los derechos fundamentales, sino las garantías básicas de la igualdad en su ejercicio. Tampoco impone un criterio de homogeneidad y uniformidad en régimen jurídico de los derechos fundamentales, sino un límite a la diversidad autonómica en el que estará justificado cuando esa diversidad pueda suponer una alteración sustancial de la definición constitucional del propio derecho.

Tampoco del artículo 149.1.1 CE, en relación con el artículo 53.1 CE, se puede deducir una habilitación universal a favor del Estado para regular el ejercicio de cualquier derecho fundamental en todo caso y circunstancia. El legislador estatal sólo puede regular el ejercicio de los derechos cuando esa regulación tiene lugar en materias de su competencia. Con carácter general sólo puede normar las condiciones básicas para perseguir la igualdad en el ejercicio de los derechos, pero no la igualdad en ese ejercicio en todo el territorio del Estado y tampoco las condiciones básicas de ese ejercicio mismo. El uso de este título competencial por el Estado está sujeto a una finalidad bien precisa.

RESUM

En aquest treball, l'autor examina, tenint en compte la competència estatal de l'article 149.1.1 CE, el paper que tenen els drets fonamentals en l'Estat de les autonomies. A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competència de l'Estat per regular les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat en l'exercici dels drets fonamentals per als ciutadans en el conjunt del territori de l'Estat, nega que els drets fonamentals es puguin considerar una matèria competencial, subjecta a repartiment territorial, i els ubica en la Constitució global en regular les posicions jurídiques fonamentals dels ciutadans. La igualtat bàsica dels ciutadans és en el contingut constitucional dels drets, el qual ha de ser idèntic a tot el territori de l'Estat, sens perjudici de la competència de les comunitats autònomes per regular-ne l'exercici (igualtat en la diversitat); i l'Estat central és competent només per fixar els procediments i les organitzacions que assegurin aquesta identitat dels drets en el conjunt de l'Estat (unitat en la igualtat).

ABSTRACT

In this paper, the author analyses the position of Spanish constitutional rights in the Spanish autonomous State territorial structure by means of art. 149.1.1 of the Spanish Constitution. An analysis of the decisions of the Spanish Constitutional Court regarding state power concerning the basic conditions which safeguard equality in the exercising of constitutional rights throughout the State leads the author to assert that Spanish constitutional rights are not a matter of territorial power. They regulate the basic position of the citizen within the State. Their constitutional definition is the same in every area within the State, despite the power that the Autonomous Governments have to regulate the practice of constitutional rights (equality in diversity); and the central State is empowered to establish the processes and institutions to guarantee the identity of constitutional rights in the State as a whole (unity in equality).