

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.ª, 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 ESPIÉRREZ, 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.ª, 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 EAAAnd, 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 EAAAnd, a los que el art. 39 EAAAnd 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.

De la garantía de protección jurisdiccional de los derechos estatutarios dice el art. 39 EAAAnd 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 EAAAnd, 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».

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

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 EAAAnd 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 EAAAnd 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 EAAAnd, 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 EAAAnd; 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, resueltas 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. 33

Es cierto que, *obiter dicta*, el FJ 15.^a 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. 34

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 35

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.^a 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.

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). 39

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. 40

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 41

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).