

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Journal of Self-Government

39 | Juny 2024 June



Generalitat
de Catalunya

40

Institut d'Estudis
de l'Autogovern

Revista d'Estudis Autònomic i Federals – Journal of Self-Government

Núm. 39 | Juny 2024

Revista semestral / Biannual journal

© Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis de l'Autogovern

Baixada de Sant Miquel, 8

08002 Barcelona

<https://iea.gencat.cat>

Tel. 933 429 800

Per presentar manuscrits a la REAF-JSG consulteu al web de l'IEA:

Guia per a autors i presentació d'originals

Guía para autores y presentación de originales

Guide for authors and submission of manuscripts

La REAF-JSG no s'identifica necessàriament amb el contingut dels articles ni se'n responsabilitza.

Disseny gràfic: Marquès Art Gràfic, SL i Addenda

Maquetació: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions

Codi ètic (consulteu el web de la revista)

Edició impresa

ISSN 1886-2632

Dipòsit legal: B 15288-2005

Edició electrònica

ISSN 2014-8658

La REAF-JSG està indexada a Scopus, Academic Search Premier, Fuente Académica Plus, Directory of Open Access Journals, DIALNET.

Avaluada a CARHUS Plus+ 2018 (Dret: B; Sociologia i Política: C),

DOAJ i LATINDEX (Catálogo); ICDS 9.7.



Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Journal of Self-Government

39 | Juny 2024 June



**Generalitat
de Catalunya**

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Journal of Self-Government

Director

Jordi Jaria-Manzano
Institut d'Estudis de l'Autogovern

Secretaris

Silvio Falcón Rodríguez
Institut d'Estudis de l'Autogovern

Marc Sanjaume-Calvet
Universitat Pompeu Fabra

Comitè de Redacció

Lucía Casado Casado
Universitat Rovira i Virgili

Daniel Cetrà
Universitat de Barcelona

Tracy Beck Fenwick
Australian National University

María Jesús García Morales
Universitat Autònoma de Barcelona

Jule Goikoetxea
*Universidad del País Vasco / Euskal Herriko
Unibertsitatea*

Mireia Grau Creus
Institut d'Estudis de l'Autogovern

Gerard Martín Alonso
Institut d'Estudis de l'Autogovern

Nicola McEwen
University of Glasgow

Albert Noguera
Universitat de València

Alexandre Peñalver i Cabré
Universitat de Barcelona

Joan Ridao Martín
Institut d'Estudis de l'Autogovern

Aida Torres Pérez
Universitat Pompeu Fabra

Gemma Ubasart i González
Universitat de Girona

Comitè Científic

Eliseo Aja Fernández (†)
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat de Barcelona*

Enoch Albertí Rovira
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat de Barcelona i conseller
del Consell de Garanties Estatutàries de la
Generalitat de Catalunya*

Miguel Ángel Aparicio Pérez (†)
*Catedràtic emèrit de Dret Constitucional
de la Universitat de Barcelona*

Xavier Arbós Marín
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat de Barcelona*

Enric Argullol Murgadas
*Catedràtic emèrit de Dret Administratiu de
la Universitat Pompeu Fabra*

Mercè Barceló Serramalera
*Catedràtica de Dret Constitucional de
la Universitat Autònoma de Barcelona*

Antoni Bayona Rocamora
Lletrat del Parlament de Catalunya

Francesc de Carreras Serra
*Catedràtic emèrit de Dret Constitucional de
la Universitat Autònoma de Barcelona*

Marc Carrillo
*Catedràtic de Dret Constitucional de la
Universitat Pompeu Fabra*

Manuel Cienfuegos Mateo
*Professor titular de Dret Internacional Públic
i Relacions Internacionals de la Universitat
Pompeu Fabra*

Carlos Closa Montero
*Professor d'investigació de l'Instituto de
Políticas y Bienes Públicos (CSIC)*

Pedro Cruz Villalón
Catedràtic emèrit de Dret Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

Emmanuel Dalle Mulle
Investigador postdoctoral al Graduate Institute of International and Development Studies

Víctor Ferreres Comella
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra

Joaquim Ferret Jacas (†)
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona

Tomàs Font Llovet
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Enric Fossas Espadaler
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Alain-G. Gagnon
Catedràtic de Ciència Política de la Université du Québec à Montréal

Alfredo Galán Galán
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Manuel Gerpe Landín
Catedràtic emèrit de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Markus González Beilfuss
Profesor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Tania Groppi
Catedràtica d'Institucions de Dret Públic de la Universitat de Siena

Montserrat Guibernau
Catedràtica de Ciència Política a la Queen Mary University

Angustias Hombrado
Professora ajudant de Ciència Política de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

John Kincaid
Profesor Robert B. i Helen S. Meyner de Govern i Servei Públic del Lafayette College

Guillem López Casasnovas
Catedràtic d'Economia Aplicada de la Universitat Pompeu Fabra

Ramón Máiz Suárez
Catedràtic de Ciència Política de la Universidad de Santiago de Compostela

Isidre Molas Batllori
Catedràtic emèrit de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Jordi Muñoz
Investigador Ramón y Cajal a la Universitat de Barcelona

Ferran Requejo Coll
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Pompeu Fabra

Cesáreo Rodríguez-Aguilera de Prat
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Barcelona

Eduard Roig Molés
Profesor titular d'escola universitària de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya

Cheryl A. Saunders
Professora emèrita de la University of Melbourne

Joaquín Tornos Mas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Josep M. Vallès Casadevall
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Autònoma de Barcelona

Jaume Vernet Llobet
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Rovira i Virgili i president de la Comissió Jurídica Assessora

Jacques Ziller
Catedràtic de Dret de la Unió Europea de la Università di Pavia

Coordinació editorial

Jesús Solé-Farràs
Responsable de Comunicació, Publicacions i Documentació de l'Institut d'Estudis de l'Autogovern

Sumari

Presentació: Els nous drets de ciutadania i el seu impacte competencial	9
Introduction: New Citizenship's Rights and their Impact in the Distribution of Powers in Spain	13

SECCIÓ MONOGRÀFICA – ELS NOUS DRETS DE LA CIUTADANIA I LA SEVA AFECTACIÓ EN EL REPARTIMENT COMPETENCIAL

COORDINACIÓ: **María Jesús García Morales**

Presentación: Nuevos derechos y distribución competencial. Visión general y análisis de casos	19
María Jesús García Morales	

Genealogía del artículo 149.1.1 CE: paralelismos, confusiones y nuevos usos	29
Carles López Picó	

Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso de la laguna del Mar Menor	61
Blanca Soro Mateo, Santiago M. Álvarez Carreño	

El derecho a la vivienda y las competencias estatales	123
Marcos Vaquer Caballería	

La protección social en el Estado autonómico	147
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini	

Igualtat i repartiment competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes en la regulació dels drets a la salut sexual i reproductiva ...	187
Mercè Corretja i Torrents	

Violencia de género y solapamientos competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas	227
Alicia González Alonso	

SECCIÓ GENERAL

Cambios en la sociedad de Irlanda del Norte y factores a favor de la reunificación de la isla: ¿más allá de la identidad y la religión? 261

Galder Sierra

Más allá de la conciliación: un análisis estructural de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los conflictos Cataluña-Estado no resueltos por el art. 33.2 LOTC 305

Gonzalo G. Carranza

Col·laboracions en aquest número 359

Presentació: Els nous drets de ciutadania i el seu impacte competencial

La debilitat de l'estat social a Espanya, deguda, en part, a un desenvolupament tardà, quan la idea en qüestió ja estava en crisi, a conseqüència dels canvis tectònics en l'economia mundial que van derivar del col·lapse del sistema de Bretton Woods i la crisi del petroli de 1973, s'ha vist agreujada en els últims lustres a causa de la Gran Recessió de 2008. En aquest escenari, ha augmentat la consciència social en relació amb els efectes, de vegades devastadors, del canvi planetari induït per l'economia global capitalista, així com també en relació amb les diverses situacions de desigualtat, vulnerabilitat i exclusió en el si de la societat, particularment, pel que fa a les dones, cosa que ha generat una demanda d'intervenció pública justament en un context on el sector públic apareix més aviat fràgil davant de les dinàmiques dels mercats internacionals de capital, que han induït estratègies de desmantellament de l'estat social alhora que han multiplicat les demandes pel que fa a la *Daseinsvorsorge*. Identitats i vulnerabilitats generen noves concepcions de la ciutadania que es projecten sobre l'estatut constitucional de les persones, articulats entorn dels drets fonamentals.

En aquest context de noves demandes ciutadanes, es produeixen actuacions dels poders públics que posen en tensió una distribució competencial dissenyada en un altre moment històric i que, en tot cas, com qualsevol repartiment del poder, és sensible a l'expansió de l'acció pública en noves àrees o en relació amb noves finalitats. En aquest sentit, cal recordar com la implantació de l'estat del benestar en els anys trenta i quaranta va impactar en sistemes de distribució de competències més o menys consolidats, com és el cas del Estats Units o Suïssa. Així, en el cas espanyol, després d'una onada recentralitzadora iniciada al començament de la dècada anterior sobre la base de consolidar mesures de resposta a la crisi —majorment concebudes com a estímuls a l'activitat econòmica, amb el sacrifici subsegüent de la inclusivitat social o

de la protecció del medi ambient—, es detecta una segona onada en temps recents centrada en polítiques socials que, fins a un cert punt, responen a les situacions de vulnerabilitat generades per la legislació estatal anterior. En aquest context, es generen incentius per a les majories de govern a les Corts Generals per impulsar paquets legislatius destinats a afrontar les diverses situacions de vulnerabilitat que es generen en el context del capitalisme tardà, amb l'afectació corresponent a la distribució competencial.

En aquest escenari, l'art. 149.1.1 CE cobra una nou relleu a mesura que es projecta a l'hora de donar suport a la intervenció de les institucions centrals de l'Estat a l'hora de generar eines de protecció social que es relacionen amb un nou estatut de ciutadania. L'objectiu de la secció monogràfica d'aquest número de la *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals – Journal of Self-Government* és proporcionar una visió panoràmica dels nous reptes competencials que es generen amb la intervenció estatal en diverses matèries relacionades amb l'estat social i que incideixen en competències assumides estatutàriament per les comunitats autònomes, a partir d'una revisió de l'estat de la qüestió en relació amb l'abast del títol competència estatal contingut a l'art. 149.1.1 CE, l'ús creixent del qual es constata en l'aportació signada per Carles López Picó, investigador predoctoral de la UNED, sota el títol “Genealogía del artículo 149.1.1 CE: paralelismos, confusiones y nuevos usos”, que constitueix el pòrtic dels estudis més específics que s'inclouen a la secció monogràfica, després, això sí, de la visió panoràmica proporcionada per la professora María Jesús García Morales, de la Universitat Autònoma de Barcelona, que ha coordinat la secció monogràfica amb el rigor i la dedicació que la caracteritzen.

Un dels aspectes més conflictius en relació amb la distribució de competències en l'Estat autonòmic ha estat aquell que es refereix a la interfície entre el desenvolupament econòmic i el medi ambient. En aquest sentit, cal notar les controvèrsies relacionades amb el sector energètic i, particularment, en relació amb la fractura hidràulica. En relació amb això, la Llei 3/2020, de 27 de juliol, de recuperació i protecció del mar Menor, obre un nou espai de joc, en el qual són les institucions centrals de l'Estat les que assumeixen el lideratge en relació amb la protecció del medi ambient, cosa que pot donar lloc a noves friccions amb les comunitats autònomes. Santiago M. Álvarez Carreño i Blanca Soro Mateo, catedràtics de Dret Administratiu de la Universidad de Murcia, fan una anàlisi crítica d'aquesta regulació en un treball que, amb el títol “Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso de la laguna del Mar Menor”, sens dubte, serà una referència en aquesta matèria.

Així mateix, cal destacar que, a partir de les conseqüències de la crisi de 2008, en bona part causada per la bombolla immobiliària prèvia, les qüestions relatives a l'accés a l'habitatge, que és objecte d'un dret constitucional (art. 47 CE), han ocupat una bona part del debat públic, donant lloc a mesures diverses per part de les comunitats autònomes, particularment a Catalunya, així com, recentment, a una legislació estatal específica —la Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge—, que interfereix en les competències autonòmiques sobre la matèria. Tot plegat és analitzat en el treball de Marcos Vaquer Caballería, catedràtic de Dret Administratiu de la Universidad Carlos III, amb el títol “El derecho a la vivienda y las competencias estatales”.

En tot cas, és clar que l'ús dels títols competencials disponibles s'arreglera amb les prioritats substantives de cada majoria de govern, de manera que el canvi de prioritats per part del Govern de l'Estat, atesa la seva composició actual, en relació amb les que s'han mantingut en la darrera dècada, genera nous espais de controvèrsia amb les comunitats autònomes, tradicionalment encarregades de bona part del desplegament de les polítiques socials. Pel que fa a això, destaquen, òbviament, les mesures estatals en matèria de protecció social, aspecte que analitza Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, catedràtic de Dret Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, en el seu treball “La protección social en el Estado autonómico”, que ofereix una visió panoràmica sobre la qüestió.

Un aspecte particularment destacat de la intervenció pública en situacions de vulnerabilitat és tot allò que es refereix a les dones, qüestió que ha estat objecte d'atenció en relació amb les polítiques de la Generalitat de Catalunya en la secció monogràfica del número 36 d'aquesta revista, i que ara es tracta en relació amb les possibles friccions competencials en dos treballs de la secció monogràfica d'aquest número. En primer lloc, cal consignar el que signa Mercè Corretja i Torrents, exdirectora del Gabinet Jurídic de la Generalitat, titulat “Igualtat i repartiment competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes en la regulació dels drets a la salut sexual i reproductiva”, que tracta un àmbit particularment sensible. Finalment, també en relació amb la protecció de les dones, la secció monogràfica inclou el treball de la lletrada del Tribunal Constitucional Alicia González Alonso, “Violencia de género y solapamientos competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas”, que té en compte la recentíssima Sentència del Tribunal Constitucional 44/2024, de 12 de març, i que analitza un dels aspectes més delicats en aquesta matèria, com és l'acció pública en relació amb la violència contra les dones.

Aquest número inclou, així mateix, dos treballs en la seva secció general. D'una banda, l'article del professor de la Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea) Galder Sierra analitza, sota el títol "Cambios en la sociedad de Irlanda del Norte y factores a favor de la reunificación de la isla: ¿más allá de la identidad y la religión?", l'evolució recent de la societat nord-irlandesa en relació amb els possibles escenaris pel que fa al seu estatut polític, tot oferint una perspectiva actualitzada de la situació. Finalment, clou el present número el treball de Gonzalo G. Carranza, professor a la Universidad Autónoma de Madrid, titulat "Más allá de la conciliación: un análisis estructural de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los conflictos Cataluña-Estado no resueltos por el art. 33.2 LOTC", que fa una repassada general sobre aquest aspecte particular de la conflictivitat entre la Generalitat de Catalunya i el Govern de l'Estat.

Jordi Jaria-Manzano
Director

Introduction: New Citizenship's Rights and their Impact in the Distribution of Powers in Spain

The welfare state in Spain has been historically weak, due, in part, to a late development, when the idea in question was already in crisis, as a result of the tectonic changes in the world economy that resulted from the collapse of the system of Bretton Woods and the oil crisis of 1973. This weakness has been exacerbated in recent years due to the Great Recession of 2008. In this scenario, social awareness has increased regarding the devastating effects of induced planetary change by the capitalist global economy, as well as in relation to the various situations of inequality, vulnerability and exclusion within society, particularly with regard to women. This has generated a demand for public intervention precisely in a context where the public sector appears rather fragile in the face of the dynamics of the international capital markets, which have induced strategies to dismantle the welfare state at the same time that they have multiplied the demands regarding *Daseinsvorsorge*. Identities and vulnerabilities generate new conceptions of citizenship that are projected onto the constitutional status of people, articulated around fundamental rights.

In this context of new citizenship demands, actions are taken by the public authorities that put under tension a distribution of competences designed in a different historical context. Moreover, any system of distribution of power is sensitive to the expansion of public action in new areas or in relation to new purposes. In this sense, it should be remembered how the implementation of the welfare state in the 1930s and 1940s had an impact on consolidated systems of distribution of powers, as was the case in the United States or Switzerland. Thus, in the Spanish case, after a wave of recentralization started at the beginning of the previous decade on the basis of consolidating measures to respond to the financial crisis—mostly conceived as stimuli to economic activity, with subsequent sacrifice of social inclusiveness or the protection of

the environment—a second wave has been detected in recent times focused on social policies that, to a certain extent, respond to the situations of vulnerability generated by previous state legislation. In this context, incentives are generated for the governing majorities in the Spanish Parliament to promote legislative packages intended to face the various situations of vulnerability that arise in the context of late capitalism, with the corresponding impact on the distribution of powers.

In this scenario, Article 149.1.1 of the Spanish Constitution takes on a new role as it is used as a support for the intervention of the central powers when generating social protection tools related to a new citizenship statute. The goal of this special issue of the *Revista d'Estudis Autònoms i Federals – Journal of Self-Government* is to provide a panoramic view of the new challenges regarding territorial distribution of powers that arise with public intervention in various matters related to social status of citizens and impacting on competences assumed by the autonomous communities in their statutes of autonomy. This new intervention of central government is normally based on a new reading of the competences contained in the aforementioned Article 149.1.1 of the Spanish Constitution. The growing use of this provision is evidenced in the contribution signed by Carles López Picó, predoctoral researcher at UNED, under the title “Genealogy of Article 149.1.1 of the Spanish Constitution: Parallelisms, Overlaps and New Uses”, which constitutes the gateway to the more specific studies that are included in the monographic section, after, of course, the panoramic view provided by Professor María Jesús García Morales, from the Universitat Autònoma de Barcelona, who has served as editor of the special issue here presented with her usual dedication.

One of the most conflicting aspects regarding to the distribution of powers in the Spanish decentralization model has been the interface between economic development and environmental protection. In this sense, the controversies related to the energy sector and, particularly, regarding to hydraulic fracturing should be reminded. Regarding this, the Act 3/2020, on the recovery and protection of the Mar Menor lagoon, opens up a new playing field, in which the central institutions assume the leadership in relation to the environmental protection, which may give rise to new frictions with the autonomous communities. Santiago M. Álvarez Carreño and Blanca Soro Mateo, professors of Administrative Law at the Universidad de Murcia, make a critical analysis of this regulation in a work that, with the title “Rights of

Nature and the Spanish Constitution: The Case of the Mar Menor Lagoon”, will undoubtedly be a reference in this matter.

Likewise, it should be noted that, from the consequences of the 2008 crisis, largely caused by the previous real estate bubble, the issues relating to access to housing, which is the subject of a constitutional right (Article 47 of the Spanish Constitution), have occupied a good part of the public debate in recent times. This problem has stimulated a good number of measures by the autonomous communities, particularly in Catalonia, as well as, recently, to specific state legislation (Act 12/2023, referred to the right to housing), which interferes with competences of the subcentral powers on the matter. All of this is analysed in the work of Marcos Vaquer Caballería, professor of Administrative Law at Universidad Carlos III, under the title “The Right to Housing and the Powers of the State”.

In any case, it is clear that the use of the available competence titles is aligned with the substantive priorities of each government majority, so that the change of priorities by the central government, given its current composition, in relation to those that have been maintained in the last decade, generates new areas of controversy with the autonomous communities, traditionally in charge of a large part of the deployment of social policies. Regarding to this, measures of central authorities in the field of social protection obviously stand out, an aspect analysed by Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, professor of Constitutional law at the Universidad Autónoma de Madrid, in his work “Social Protection in the Autonomous State”, which offers a panoramic view on the subject.

A particularly prominent aspect of public intervention in situations of vulnerability is the measures referring to the protection of women, an issue that has been approached in the special issue included in number 36 of this journal, centred in the policies of the Catalan Government in this area. Now this subject is being addressed regarding to potential frictions between different governments in two papers in the special issue included in this number. First of all, it should be mentioned the article written by Mercè Corretja i Torrents, former director of the Legal Cabinet of the Catalan Government, with the title “Equality and Distribution of Jurisdiction between the Central Government and the Autonomous Communities for the Regulation of Rights to Sexual and Reproductive Health”, which deals with a particularly sensitive area. Finally, also in relation to the protection of women, this special issue

includes the paper of Alicia González Alonso, lawyer at the Constitutional Court, with the title “Gender-based Violence and Jurisdiction Overlaps between the Central State and the Autonomous Communities”. This article takes into account the most recent Decision 44/2024 of the Constitutional Court, and which analyses one of the most delicate aspects in this subject, such as public action in relation to violence against women.

This issue also includes two more articles. On the one hand, the study by the professor of the Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea) Galder Sierra analyzes, under the title “Changes in Northern Ireland Society and Factors in Favour of Reunification: Beyond Identity and Religion?”, the recent evolution of Northern Irish society in relation to the possible scenarios regarding its future political status, offering an updated perspective of the situation. Finally, this issue includes the paper of Gonzalo G. Carranza, professor at the Universidad Autónoma de Madrid, entitled “Beyond Conciliation: A Structural Analysis of the Constitutional Court’s Jurisprudence on Catalonia-Central Government Conflicts Unresolved by Art. 33.2 LOTC”, which provides a general overview of this particular aspect of the conflict between the Catalan Government and the State Government.

Jordi Jaria-Manzano
Editor

**SECCIÓ MONOGRÀFICA – ELS NOUS DRETS
DE LA CIUTADANIA I LA SEVA AFECTACIÓ
EN EL REPARTIMENT COMPETENCIAL**

Coordinació
María Jesús García Morales

Presentación: Nuevos derechos y distribución competencial. Visión general y análisis de casos

María Jesús García Morales

Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona (España)

1. Dedicar un monográfico a la distribución de competencias y derechos es volver sobre un tema clásico de nuevo. ¿Por qué? La descentralización política implica que todo lo que se pide que hagan los poderes públicos en un Estado no se produzca solo desde el centro, sino también desde las entidades subestatales. Ese reparto de poder se prevé al más alto nivel normativo, normalmente —aunque no solo— en las constituciones. La distribución de competencias constituye, así, un elemento del diseño jurídico de un Estado políticamente descentralizado. No hay un único sistema de distribución competencial. En el microcosmos federal y de la descentralización, cada Estado elige su técnica de reparto vertical de poderes. En todos esos sistemas, la distribución de competencias es un elemento normativo y estructural, pero dista de ser un elemento estático. Sea a través de reformas constitucionales, pero, aun sin ellas, a través de la interpretación constitucional y de la praxis institucional, la distribución de competencias evoluciona incluso de forma paraconstitucional y lo hace, normalmente, a golpe de realidad.

Los temas que en cada momento nutren la agenda política marcan un determinado uso de los títulos competenciales. Las nuevas tareas asignadas a los poderes públicos, especialmente en el marco del Estado social pero también el proceso de integración europea y la globalización, comportan una intervención normativa en los derechos de los ciudadanos. En las dos últimas legislaturas, esta intervención ha sido intensa por parte del poder central en el marco de una agenda política; primero, de carácter más económico y después —con el cambio de mayoría parlamentaria—, más social y encarada a los nuevos problemas vinculados a ella. El recurso que se hace a los títulos competencia-

les como fundamento de la intervención normativa es, pues, consecuencia y no causa de una determinada política legislativa.

La regulación de los derechos no es competencia exclusiva del Estado. Las comunidades autónomas pueden, dentro del marco constitucional, regular derechos en ámbitos materiales de su competencia, *ergo*, en un buen número de casos, aquellos que tienen una dimensión prestacional. Los estatutos de autonomía aprobados a partir de 2006 suelen incluir ya un elenco de derechos y deberes de los ciudadanos. En la última década, se han aprobado leyes —estatales y autonómicas— que pretenden dar respuesta al cambio climático, la vivienda, el ingreso mínimo vital, la salud reproductiva o la violencia de género; todas ellas, cuestiones con indudable impacto social y que los ciudadanos sitúan entre los principales problemas del Estado (CIS, *Barómetro de febrero 2024*, pp. 12, 14).

Cuando el foco se sitúa en intervenciones de marcado impacto social, la utilización recurrente de títulos por parte del Estado, habitualmente protagonizada por el art. 149.1.13.^a de la Constitución española (en adelante, CE) —“bases y planificación de la actividad económica”—, da paso a otras competencias. En particular, en esos casos, el foco se traslada al art. 149.1.1.^a CE —“regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”—, un precepto que —vale la pena recordar— fue el fundamento competencial único para aprobar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, un hito normativo en el desarrollo del Estado social, pero con un intenso debate sobre su encaje competencial y las consabidas dificultades —sobre todo financieras— de una ejecución que corresponde a las comunidades autónomas al igual que su responsabilidad última ante los ciudadanos.

El art. 149.1.1.^a CE contiene una cláusula que pretende dar respuesta a un binomio clásico en cualquier sistema federal y políticamente descentralizado: igualdad y autonomía, dos términos relacionados y aparentemente contrapuestos. El problema no es, pues, algo privativo del Estado autonómico. La distribución territorial del poder debe resolver cómo garantizar una cohesión territorial a través de un nivel mínimo en el ejercicio de derechos, y, a la par, salvaguardar la autonomía de los entes subestatales para determinar

sus propias políticas —y normas que las desarrollan—, también cuando se afectan derechos.

La cláusula de igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de derechos del art. 149.1.1.ª CE es un precepto genérico y finalista: genérico, pues no está acotado a sectores concretos, como sucede con el resto de los títulos competenciales, y finalista porque, al socaire de la igualdad, el poder central dispone de un amplísimo margen de apreciación para usarlo. Por ello, el art. 149.1.1.ª CE encierra un potencial de aplicación enorme para el Estado, ya sea como título autónomo, o bien en conexión —supuesto muy habitual— con otros títulos competenciales.

Las jurisdicciones constitucionales se hallan siempre con serias dificultades para interpretar este tipo de cláusulas. El Tribunal Constitucional no es una excepción. Su trabajo por concretar —más claramente en unos casos que en otros— el alcance y los límites de esta competencia del Estado central se constatan en la extensión que se dedica a este precepto en el prontuario en materia competencial elaborado por el propio tribunal (Tribunal Constitucional, Secretaría General, *Jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1 y 2 CE*, marzo 2024, pp. 1-32). Más allá de las cuestiones todavía no resueltas sobre el art. 149.1.1.ª CE, este precepto deviene una especie de Jano, con dos rostros opuestos según el caso: por un lado, evoca una amenaza recentralizadora, la consolidación de la vis expansiva del poder central y, por otro, representa una suerte de salvaguarda de cierre, el poder central como garante normativo último frente a obstáculos contra la igualdad de derechos en su territorio.

2. Y volver sobre un tema clásico de nuevo, ¿para qué? El reparto de competencias es una cuestión mollar a la que se debe “tomar el pulso” periódicamente, y más aún cuando hay motivos de que algo puede estar cambiando. Este monográfico pretende ofrecer un diagnóstico, un pronóstico y alternativas que permitan conocer, desde una aproximación general al art. 149.1.1.ª CE y una selección de casos (derechos de la naturaleza, vivienda, protección social, salud reproductiva o violencia de género), los siguientes extremos: (i) los usos sobre los que se focaliza la intervención normativa del poder central en dichos ámbitos (coincidencias o divergencias en función del sector, puntos de inflexión respecto a la praxis previa); (ii) la fundamentación competencial de la intervención autonómica en esos nuevos derechos; (iii) la litigiosidad de estas intervenciones, incluido su grado máximo ante el

Tribunal Constitucional, y (iv) el impacto de esa suma en la distribución competencial.

Respecto al diagnóstico, el uso al alza del art. 149.1.1.^ª CE es un hecho y las intervenciones normativas en los derechos y las demandas sociales indicados presentan un alto índice de litigiosidad —como puede verse en la tabla—. En efecto, el trabajo que encabeza el monográfico constata empíricamente que la invocación del art. 149.1.1.^ª CE como título competencial ha llegado en los últimos años a máximos históricos. Ese dato se confirma también en el resto de los trabajos sectoriales. Salvo en el análisis de los derechos de la naturaleza y la laguna del Mar Menor —en el que el título sobre el que sustenta su intervención el Estado es el art. 149.1.23.^ª CE, “legislación básica sobre protección del medio ambiente”—, el art. 149.1.1.^ª CE es uno de los títulos competenciales que se invocan siempre por el Estado —en estos casos, además, siempre cumulativamente con otros títulos—.

Esa intervención normativa ha llegado al Tribunal Constitucional. La legitimación del recurso de inconstitucional —al tratarse de leyes— se ha ejercido siempre por el actor parlamentario, tanto contra leyes estatales como autonómicas (50 diputados del Congreso de los Diputados del Grupo Popular y de Vox) y por el actor gubernamental (el presidente del Gobierno en la Ley catalana 17/2015, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres). La discrepancia no siempre es competencial ni siempre gira entorno a la cláusula de igualdad del art. 149.1.1.^ª CE. El reproche de invasión competencial en ámbitos autonómicos es palmario en casos como la vivienda. Los recursos acumulados contra la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, interpuestos —además de por el Grupo Popular en el Congreso— por siete actores más, todos ellos comunidades autónomas —casi la mitad y de distinto signo político— evidencian una discrepancia competencial, que además no ha podido resolverse por una vía relativamente exitosa como la negociación bilateral previa que ofrece el art. 33.2 LOTC.

Análisis de casos: intervención normativa y litigiosidad

Sector	Ley del Estado	Títulos	Ley autonómica	Títulos	STC
Derechos de la naturaleza	Ley 19/2022, para el reconocimiento de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca	Art. 149.1.23.ª CE			RI GP Vox <i>Pendiente</i>
Vivienda	Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda	Arts. 149.1.1.ª y 13.ª CE			RI (8) GP Popular CD Parlament de Catalunya Gobiernos: Cataluña, Andalucía Islas Baleares, Madrid, País Vasco Galicia <i>Pendiente</i>
Protección social	Ley 19/2021, por la que se establece el ingreso mínimo vital [Anteproyecto de Ley de condiciones básicas para la igualdad en el acceso y el disfrute de los servicios sociales, de 24 de enero de 2023]	Arts. 149.1.1.ª, 13.ª, 14.ª, 17.ª y 18.ª CE [Arts. 149.1.1.ª y 31.ª CE]			RI GP Vox CD, GP Popular CD <i>STC 19/2024</i>
Salud reproductiva	Ley Orgánica 1/2023, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo	Arts. 149.1.1.ª y 16ª CE			RI GP Popular CD <i>STC 44/2023</i>
Violencia de género	Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género	Arts. 149.1.1.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 17.ª, 18.ª y 30.ª CE	Ley catalana 17/2015, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres Ley catalana 17/2020, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista	Arts. 41.3 y 153 EA	RI vs. Ley catalana 17/2015: presidente del Gobierno <i>STC 159/2016</i> RI vs. Ley catalana 17/2020 GP Popular CD <i>STC 44/2024</i>

Fuente: Elaboración propia.

Resulta difícil saber en qué medida a los ciudadanos les interesa saber de pugnas competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas. Posiblemente, el ciudadano medio valora, sobre todo, eficacia y efectividad en la prestación más que quién es el titular de la competencia. Sin embargo, para los juristas —y, en particular, para los iuspublicistas—, la siguiente pregunta tras un diagnóstico debe ser cuál es el resultado probable de esa evolución. Y, ahí, en el pronóstico, vuelve a aparecer un tema —y un te-

mor— también clásico en la literatura sobre federalismo y descentralización: la eventual distorsión en la praxis del reparto competencial que ha diseñado el constituyente.

Este riesgo no es privativo del Estado autonómico, sino habitual en la gran familia de sistemas federales y políticamente descentralizados, fundamentalmente a causa de la naturaleza de los problemas que los poderes públicos deben encarar. Las nuevas demandas de la ciudadanía no se resuelven solo desde un concreto sector, sino que frecuentemente y de forma creciente se precisan enfoques integrales porque la respuesta no solo es supraterritorial, sino intersectorial, de modo que, donde antes concurrían unos pocos títulos competenciales, ahora se produce un solapamiento de múltiples materias y de las funciones normativas, ejecutivas y de gestión asociadas a todas ellas.

Y esa situación, ¿puede reconducirse? Las vías y los actores de cambios son diversos. Una primera opción sería replantear la propia existencia de algunos títulos estatales del art. 149.1, y entre ellos, los más expansivos. Dado que la titularidad de las competencias es indisponible, una eventual reforma que pretendiera cambiar las reglas de reparto debería dirigirse a la sede normativa en la que dichas competencias están garantizadas: la Constitución. Esa opción parece poco realista: es altamente improbable que cualquier hipotética reforma constitucional prescindiera de un título en favor del poder central que asegura su última palabra como garante de un mínimo de igualdad en todo el territorio (véase Consejo de Estado, *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, Madrid, 2006, p. 193; Institut d'Estudis Autònoms, *Informe sobre l'Estatut*, Barcelona, 2003, pp. 86-88).

Sobre el Tribunal Constitucional —como máximo intérprete de la Constitución— recae la tarea de definición y redefinición constante y a golpe de casos de los títulos competenciales a través de criterios que reduzcan su uso expansivo; en particular, de aquellos que tienen un amplio radio de acción, como la competencia del artículo 149.1.1 CE. La litigiosidad mostrada por las intervenciones normativas que se examinan en este monográfico y los recursos de inconstitucionalidad —algunos todavía pendientes— ante el Alto Tribunal abren la vía de nuevo de la exégesis constitucional sobre los fundamentos competenciales utilizados y brindan la oportunidad de confirmar su jurisprudencia, matizarla, corregirla, desarrollar nuevas cuestiones o aclarar las no resueltas.

La jurisdicción constitucional es el intérprete supremo, pero no el único intérprete. Dentro del amplio margen de apreciación que se reconoce al legislador, se debería plantear la motivación sobre el título competencial elegido para fundamentar su intervención. El principio de lealtad constitucional que el Tribunal Constitucional se ha encargado de forma recurrente de señalar como una pieza esencial de observancia obligada vincula al Estado y a las comunidades autónomas. Su versión original, la *Bundestreue* alemana, tiene una dimensión negativa de autocontención en el ejercicio de competencias propias: aunque se disponga de título competencial, este no debería ser ejercido sin tener en cuenta los intereses de la otra parte. Esa autocontención desde la ponderación debería extremarse en el caso de títulos con una potencial vis expansiva como el art. 149.1.1.^ª CE y los títulos transversales.

Un par de actores más pueden considerarse: el actor intergubernamental en la cooperación formal entre el Estado y las comunidades autónomas y el actor intergubernamental informal en sede parlamentaria.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado también que la concurrencia de competencias en una materia plantea dificultades prácticas que aconsejan recurrir al principio de cooperación. Esa cooperación formal en sede multilateral o bilateral ofrece mecanismos procedimentales de audiencia previa a las comunidades autónomas que sería óptimo utilizar antes de la intervención legislativa del Estado y su ejercicio de la competencia estatal. En sede multilateral, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, asigna a las conferencias sectoriales expresamente esa posibilidad (art. 148.1.a). Las comisiones bilaterales pueden servir también a esos mismos efectos en un diálogo a dos bandas —Estado-comunidad autónoma— para discutir el ejercicio de las respectivas competencias en juego, exponer vías propias y en qué medida caben mecanismos para articularlas, antes de la intervención estatal y no solo en las reuniones en el marco del art. 33.2 LOTC cuyo objeto es evitar el recurso de inconstitucionalidad en una norma ya aprobada.

A diferencia de Alemania, donde tiene amplio arraigo la idea de equiparación de las condiciones de vida en todo el territorio federal, en el Estado autonómico hay distintas sensibilidades respecto a la autonomía y partidos periféricos que gobiernan en comunidades autónomas y deciden la gobernabilidad del Estado. Esa variable hace que optar por los contactos políticos de alto nivel o la vía de la cooperación entre grupos parlamentarios pueda

ser más pragmática y efectiva en lugar de —o además de— participar en los instrumentos de cooperación formal. En esas relaciones parlamentarias, en Madrid, donde se muñen las mayorías necesarias para aprobar leyes del poder central, los actores políticos deberían discutir también el fundamento competencial de una ley estatal que prevea un impacto en competencias autonómicas.

3. Entre la visión general y el análisis de casos: cómo y quién. Este ejercicio de “tomar el pulso” a la incidencia en la distribución competencial de intervenciones legislativas, principalmente del Estado sobre nuevas demandas sociales, con notable incidencia social y eco mediático, combina la aproximación general sobre el nuevo protagonismo del art. 149.1.1.^a CE con estudios sobre ámbitos que mucho más que sectores tradicionales son muchas veces políticas públicas en las que confluyen no solo una pléyade de títulos competenciales, sino de materias. El “estudio de casos” es imprescindible, pues la pluralidad de títulos competenciales y la jurisprudencia constitucional sobre un ámbito presentan tantos matices que deben exponerse con relación a cada uno de los derechos afectados. Los casos seleccionados traen causa, normalmente, de intervenciones legislativas estatales y, excepcionalmente, de leyes autonómicas.

Quienes rubrican los seis trabajos de este monográfico son autores de diversas procedencias territoriales; se cuentan jóvenes investigadores, académicos consolidados y *practitioners* en la litigación competencial.

El monográfico se encabeza con un estudio de Carles López Picó, investigador predoctoral de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), sobre “Genealogía del artículo 149.1.1 CE: paralelismos, confusiones y nuevos usos”, en el que explora la novedad de este precepto en el constitucionalismo español, los precedentes comparados, la delimitación frente a otros preceptos constitucionales y tipos competenciales, la jurisprudencia constitucional y datos cuantitativos que corroboran, como indicado, su utilización en normas con rango de ley, durante la última década, hasta niveles nunca antes alcanzados.

Tras esa aproximación general, los siguientes cinco trabajos abordan la afectación competencial en los llamados derechos de la naturaleza, el derecho a la vivienda, la protección social, los derechos de la salud sexual y reproductiva y, por último, la violencia de género.

El trabajo de los profesores Blanca Soro Mateo y Santiago M. Álvarez Carreño, ambos, catedráticos de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia y con amplia trayectoria en temas medioambientales y climáticos, sobre “Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso de la laguna del Mar Menor”, analiza el marco competencial con motivo de este primer ecosistema europeo dotado de personalidad jurídica gracias a una ley estatal fundamentada en el art. 149.1.23.^a CE. Se trata de la primera ocasión que se reconoce esa personalidad a un ente no humano en el ordenamiento español en el marco del debate sobre los denominados derechos de la naturaleza y la crisis climática.

Por su parte, el profesor Marcos Vaquer Caballería, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, y con dilatada experiencia institucional en materia de vivienda, examina en su artículo “El derecho a la vivienda y las competencias estatales” las aporías del régimen competencial en esta materia y la interpretación constitucional sobre este derecho. Al hilo de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda —una norma que acumula, como indicado, múltiples recursos de inconstitucionalidad que permitirán una nueva intervención del Alto Tribunal—, el trabajo dedica también sugerentes consideraciones a las cláusulas de apertura que introducen flexibilidad y deferencia en el ejercicio por el Estado de sus títulos competenciales y facilitan su articulación con las competencias autonómicas con las que confluyen.

“La protección social en el Estado autonómico” se firma por el profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y buen conocedor, desde también otras posiciones profesionales, de la conflictividad competencial. Los Servicios Sociales carecen de ley estatal como tal que los regule (el anteproyecto presentado en 2023, llamado a ser la primera ley sobre el tema, no pudo tramitarse a causa del adelanto electoral). La regulación estatal de un extremo como el ingreso mínimo vital ha evidenciado problemas competenciales en este ámbito y ha planteado también vías de asimetría en su gestión declaradas constitucionales. El trabajo analiza pormenorizadamente las supuestas competencias exclusivas de las comunidades autónomas, condicionadas por títulos estatales (arts. 149.1.1.^a CE y 149.1.13.^a CE), sin olvidar el poder de gasto u otros preceptos a pesar de no ser títulos competenciales (el art. 139.1 CE).

Los dos últimos trabajos se ocupan de dos temas nada tratados sobre el encuadre de la regulación de los derechos de la salud sexual y reproductiva y

la violencia de género en títulos competenciales. El primero de ellos, corre a cargo de Mercè Corretja i Torrents, abogada de la Generalitat de Catalunya, con larga trayectoria en cuestiones competenciales desde sus diferentes posiciones profesionales, entre ellas, la dirección del Gabinete Jurídico del Gobierno catalán. En su trabajo “Igualtat i repartiment competencial entre l’Estat i les comunitats autònomes en la regulació dels drets a la salut sexual i reproductiva”, no solo se analiza el encuadre competencial y su afectación en las competencias autonómicas, sino que destaca la virtualidad, en este caso concreto, del mecanismo de negociación extraprocesal en el seno de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado para llegar a acuerdos interpretativos que han evitado el conflicto jurisdiccional.

Por su parte, el artículo de Alicia González Alonso, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y letrada del Tribunal Constitucional, examina en su trabajo “Violencia de género y solapamientos competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas” cómo la jurisprudencia constitucional ha dotado de contenido al llamado título competencial sobre “políticas de género” previsto en diversos estatutos de autonomía de nueva generación y alerta sobre el alcance, en términos de igualdad en todo el territorio, de la STC 44/2024, en la que el Alto Tribunal ha abierto la puerta a que un título competencial tenga tantos significados como comunidades autónomas, con la consecuencia de que lo que deba entenderse como mujer como sujeto objeto de violencia machista pueda ser diverso entre ellas.

Norberto Bobbio nos recordó que no importa fundar derechos, sino protegerlos, y que lo importante al hablar de igualdad es sobre qué y entre quiénes (*El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, p. 45). En un Estado políticamente descentralizado, la pregunta que precede a cuestiones sustantivas es quién o quiénes tienen las competencias para regular derechos en un sistema multinivel y, en caso de concurrencia, cómo las ejercen. En este monográfico, el lector encontrará sugerentes análisis que aportan nuevas perspectivas sobre un tema clásico, pero renovado y cadente. Ahí se hallarán preguntas, respuestas, propuestas y nuevas cuestiones que pretenden alentar el debate y nuevas investigaciones.

Genealogía del artículo 149.1.1 CE: paralelismos, confusiones y nuevos usos

Carles López Picó

Investigador predoctoral en Formación FPI de la Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED (España)

Genealogy of Article 149.1.1 of the Spanish Constitution: Parallelisms, Overlaps and New Uses

ABSTRACT The tension between the equality of citizens and the autonomy of regions continues to be a topic of debate in decentralised states. In this context, the clauses that allow the central government to interfere in jurisdictions that are not its own in order to achieve certain objectives (equal rights and duties, the essential level of benefits, or uniformity in living conditions) are still unclear elements that can disrupt the system of distribution of powers as a whole. This article analyses this problem in Spain, Italy and Germany, with a special focus on the confusion caused by Article 149.1.1 of the Spanish Constitution (CE in Spanish) in our system: both in relation to its overlap with other jurisdictions and its abuse. Therefore, this paper reviews the use of Article 149.1.1 CE, accompanied by the Constitutional Court's interpretation of it and concludes with some guidelines for its current application.

KEYWORDS distribution of powers; political autonomy; equal rights.

RESUMEN La tensión entre igualdad de los ciudadanos y la autonomía de las regiones sigue siendo un tema de debate en los Estados descentralizados. En este contexto, las cláusulas que permiten al poder central intervenir en competencias que no le son propias para lograr algunos objetivos (la igualdad en derechos y deberes, el nivel esencial de prestaciones o la uniformidad en las condiciones de vida) siguen resultando elementos poco claros y que pueden distorsionar el sistema de distribución de competencias en su conjunto. En este artículo se analiza dicha problemática en España, Italia y Alemania, poniendo un especial enfoque a las confusiones que provoca el artículo 149.1.1 CE en nuestro sistema: tanto en relación con su confusión con otros títulos competenciales como el abuso del mismo. Se realiza, por tanto, un recorrido por el uso del artículo 149.1.1 CE, acompañado de la interpretación que ha realizado del mismo el TC para concluir con algunas directrices que guían su uso en la actualidad.

PALABRAS CLAVE distribución de competencias; descentralización; autonomía política; igualdad.

Artículo recibido el 2/2/2024; aceptado el 20/3/2024.

1. Introducción

Mucho se ha escrito en relación con el equilibrio entre autonomía política e igualdad de derechos en el marco de Estados descentralizados. Siendo un tema clásico¹ de la doctrina, en nuestro país el debate se ha focalizado en el uso del artículo 149.1.1 de nuestra constitución como mecanismo de *igualación*.

De esta forma, desde las primeras obras relativas a la *uniformidad de las condiciones de vida*,² a la igualdad en relación con la autonomía política en el marco comparado³ hasta algunas monografías en relación con los derechos constitucionales y la autonomía política⁴ o, más recientemente, los profundos análisis del artículo 149.1.1 tanto desde de la perspectiva de los derechos fundamentales y la forma de Estado⁵ como desde el ejercicio de los derechos constitucionales,⁶ todas ellas se han caracterizado por destacar dos características del artículo 149.1.1 de la Constitución española (en adelante, CE): en primer lugar, la indeterminación sobre la competencia que ostenta el Estado bajo dicho precepto y, en segundo lugar —y en consonancia—, la importancia que puede jugar como mecanismo que puede llegar a distorsionar el sistema de distribución competencial en su conjunto.

Sin embargo, a partir de la primera década del presente siglo, la atención por parte de la academia a dicho precepto se reduce de forma clara. Entre las razones para dicha circunstancia, podríamos destacar la utilización por parte del legislador de otros preceptos con idéntico fin, en especial, el artículo 149.1.13 CE⁷ o una especial atención a las consecuencias para el reparto competencial de la declaración de inconstitucionalidad de parte del *Estatut d'autonomia de Catalunya* mediante la STC 31/2010.

1. Brennan, “State constitutions and the protection of individual rights”.

2. Baño, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida*.

3. Pemán, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*.

4. Tudela, *Derechos constitucionales y autonomía política*.

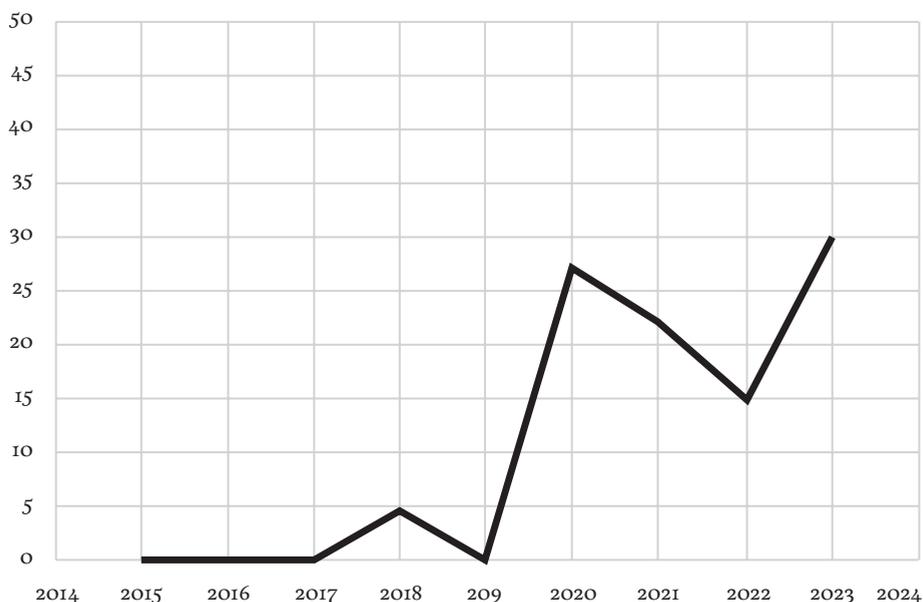
5. Villaverde, *La igualdad en la diversidad*.

6. González, *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*.

7. Dicho precepto fue usado de forma reiterada por parte del Estado, en especial, a partir de la crisis económica de 2012. Solo para mencionar algunas cuestiones que se fundamentaron en dicho artículo, destacan la protección a los consumidores en el mercado eléctrico, los programas de garantía juvenil, el fomento de la financiación empresarial, la regulación en materia de hidrocarburos o las normas en materia concursal.

No obstante, la utilización por parte del Estado de dicho precepto (art. 149.1.1 CE) ha crecido de forma exponencial en la última década, observándose porcentajes máximos en su utilización en normas con rango de ley desde el inicio del periodo constitucional en los últimos años, tal y como se observa en el gráfico 1. En todo caso, el aumento no solo ha sido de carácter cualitativo, sino que también se han producido cambios en el uso material de dicho artículo; así, se ha utilizado el precepto de forma autónoma, es decir, como único título competencial, en normas de muy distinto tipo: desde la regulación de nuevos derechos hasta derechos de carácter prestacional. Por último, el TC tampoco ha mantenido una posición clara sobre la materia, estableciendo límites variables a la utilización del precepto.

Gráfico 1. Porcentaje de normas con rango de ley que usan el artículo 149.1.1 CE como título competencial



Fuente: Elaboración propia.

De la misma manera, la atención al precepto no se centra exclusivamente en el caso español. Algunos países de nuestro entorno también han observado cambios en relación con las cláusulas incluidas en sus textos constitucionales que permiten al Estado legislar en competencias que no le son propias siempre que resulte necesario para asegurar las condiciones que garanticen la igualdad, los niveles esenciales, la creación de condiciones de vida equivalentes o

el mantenimiento de la unidad jurídica o económica. Así, tanto Italia —con la modificación constitucional de 2001— como Alemania —con la reforma de la Ley Fundamental de Bonn en 2006— han abordado la modificación de dichos preceptos, que, como veremos, provocaron un amplio debate doctrinal.

No es de extrañar la relevancia de dichos preceptos, tanto en el ordenamiento español como en los de nuestro entorno: se trata de cláusulas que, en cierto modo, subvierten o alteran la distribución competencial, permitiendo, bajo ciertos supuestos, actuar legislativamente a un nivel que no ostentaría la competencia para ello. Afectan, por lo tanto, al núcleo del reparto de competencias, pudiendo llegar a convertirse en poderes transversales o de aplicación difusa.

En este texto, trataremos, por lo tanto, la funcionalidad y las problemáticas del artículo 149.1.1 CE, con especial énfasis en su uso en los últimos años. La exposición se organiza con un recorrido inicial por la situación en los países de nuestro entorno que incluyen cláusulas similares y en los que se han producido debates al respecto (Italia y Alemania) para continuar analizando el encaje del artículo 149.1.1 CE en nuestro sistema constitucional, tanto en relación con otros títulos como en el conjunto del sistema de distribución competencial. Por último, en la tercera parte se analiza el tratamiento del artículo 149.1.1 CE en los últimos años, tanto desde el punto de vista de su uso positivo por parte del Gobierno y del Legislativo como la interpretación realizada por parte del TC.

2. La novedad del artículo 149.1.1 en la Constitución española

Parece razonable iniciar la exposición realizando una breve explicación de los fundamentos de la inclusión del artículo 149.1.1 CE en nuestro texto constitucional. Así, el único referente que observamos en el constitucionalismo histórico español es la referencia en la Constitución de 1931, que establecía en su artículo 14:

Artículo 14. Son de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes:

1. Adquisición y pérdida de la nacionalidad y regulación de los derechos y deberes constitucionales.

Si bien tempranamente se estableció cierta equivalencia entre ambos preceptos,⁸ la realidad es que dicho artículo no llegó a actuar en la práctica, por lo que disponemos de pocos datos sobre su alcance práctico.⁹ Lo que sí podemos indicar, basándonos en su literalidad y ubicación, son dos elementos que consideramos relevantes: por una parte, que introduce el término “derechos y deberes constitucionales” que será utilizado posteriormente en el artículo 149.1.1 de la Constitución de 1978. Así, si bien la Constitución de 1978 utiliza en varias ocasiones los términos “derechos y libertades” o “derechos fundamentales”, el término incorporado por la Constitución de 1931 solo se usa en el actual texto constitucional en el artículo 149.1.1 CE. Y, por otra parte, destacamos la ubicación del precepto, que se encuentra al inicio de las competencias exclusivas del Estado, al igual que ocurre con el actual artículo 149.1.1 CE.

Más allá de la influencia que pudo jugar el artículo 14 de la Constitución de 1931, resulta sorprendente la falta de discusión del artículo 149.1.1 CE en el proceso de tramitación parlamentaria del texto constitucional, no sufriendo modificación, enmienda o cuestionamiento alguno.¹⁰ En todo caso, la redacción resultante es claramente más restrictiva que la citada de 1931 al referirse a una competencia mucho más concreta —“regulación de las condiciones básicas”— y no a “regulación de derechos” y al no disponer de las limitaciones de la Constitución actual, especialmente las relativas al artículo 81 CE.

3. Los modelos de derecho comparado

3.1. El modelo italiano

La reforma constitucional italiana articulada en el año 2001 respondió en gran parte a la reconocida crisis del regionalismo italiano y la convicción de que el mismo era inadecuado para dar respuesta a las demandas de autonomía expresadas por algunas de las áreas económicamente más desarrolladas

8. Martín-Retortillo, “Derechos y Libertades Fundamentales”, 18.

9. Tudela, *Derechos constitucionales y autonomía política*.

10. Como se puede observar en el BOE n.º 44, de 5 de enero de 1978, la redacción actual del artículo aparecía ya en la ponencia constitucional con idéntica redacción.

del país.¹¹ De esta forma, el cambio más radical resultó en adentrarse en un modelo basado en la enumeración de materias en las que el Estado disponía de competencia exclusiva (art. 117.1) y establecer que las regiones dispondrán de competencia general —o residual— en el resto de asuntos. Esta modificación vino acompañada de la incorporación, entre las competencias exclusivas del Estado, del artículo 117.II.m) que establece:

Art. 117. (...) El Estado tiene la facultad exclusiva para legislar sobre las materias siguientes:

m) determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deban garantizarse en todo el territorio nacional.

Como se puede observar, son varias las similitudes con el artículo 149.1.1 CE: por una parte, la regulación como competencia exclusiva del Estado, que podría permear sobre competencias propias de las CC. AA., y, por otra, el establecimiento de un objetivo finalista o determinado, como es la “determinación de los niveles esenciales de prestaciones”. En este sentido, son varios los elementos que requieren nuestro análisis: en primer lugar, la definición y el alcance de “niveles esenciales”. En segundo lugar, el ámbito de los “derechos civiles y sociales”, que determinará los sectores materiales en los que puede actuar el Estado. Y, en tercer lugar, el impacto de dicho artículo sobre las regiones con autonomía diferenciada, que disponen de un régimen de competencias diferenciado.¹²

El nivel esencial de los derechos

Seguramente en la definición de lo que se concibe por “nivel esencial de las prestaciones” —así como en la determinación de las “condiciones básicas”— se concentre gran parte del debate en torno al artículo 117.II.m). En este sentido, debemos iniciar la exposición indicando que la propia Corte Constitucio-

11. D’Atena, “La reforma constitucional del regionalismo italiano”.

12. Reguladas en el artículo 116 de la Constitución italiana como regiones con autonomía “especial”, destaca entre sus características que sus propios estatutos, con rango constitucional, podrán disponer de capacidad legislativa en sectores a los que no pueden acceder las regiones ordinarias. Para mayor profundización en el régimen de autonomía diferencia: Rolla, “El desarrollo del regionalismo italiano”.

nal italiana ha indicado que se trata de un concepto modulable y no definible, ni para el conjunto de los derechos ni en el tiempo.¹³

En el mismo sentido, se ha realizado un esfuerzo para la diferenciación entre el nivel mínimo y el nivel esencial de un derecho: el primero vendría a estar sujeto a las necesidades presupuestarias, afectando al contenido de este. En cambio, el nivel esencial repercutiría en la “recognoscibilidad” del propio derecho.¹⁴ Es inevitable, en este sentido, establecer una relación con esa “recognoscibilidad” y el “contenido esencial” de los derechos, en la definición que ha realizado nuestro Tribunal Constitucional.¹⁵ No obstante, debemos destacar que nos parecería erróneo establecer un paralelismo entre ambos instrumentos: en primer lugar, porque el contenido esencial, establecido en el artículo 53.1 CE, no se trata de un mecanismo orientado a la distribución de competencias, sino a mantener el contenido material, a diferencia del artículo 117.II.m. Y, por otra parte, porque lo que pretende garantizar el artículo 117.II.m de la Constitución italiana es un nivel prestacional mínimo. En palabras de la propia Corte Constitucional,¹⁶ se busca preservar “el disfrute de prestaciones garantizadas”. Si tuviéramos, por lo tanto, que realizar una extrapolación a nuestro sistema, se trataría de un sistema mixto entre el contenido esencial —por la necesidad mantener reconocible el derecho— y el sistema de normativa básica —por tratarse de un instrumento de distribución competencial que puede establecer un mínimo prestacional—.

El alcance de la expresión “derechos civiles y sociales”

A diferencia de la expresión “derechos y deberes constitucionales”, la cita a los “derechos civiles y sociales” aparece en hasta tres ocasiones en el texto constitucional italiano, si bien ninguna de ellas resulta de gran ayuda para

13. Una larga exposición sobre la dificultad de determinar los niveles esenciales y la problemática que eso conlleva la podemos encontrar en Luciani, “I diritti costituzionali tra Stato e Regioni”.

14. Cabellos, “Descentralización y derechos de los ciudadanos”, 136.

15. La idea de contenido esencial como “recognoscibilidad” se observó tempranamente en la STC 11/1981 y se ha ido desarrollado en la misma línea. Para destacar alguna más próxima en el tiempo, obsérvese la STC 74/2018.

16. SCC 282/2002.

determinar el alcance de dicha expresión.¹⁷ En todo caso, no parece relevar mayores problemas la referencia a los derechos sociales, entendiendo —como hemos expuesto— la orientación del precepto a los derechos de carácter prescricional. Mayores dudas puede despertar la cuestión de los “derechos civiles”, más cuando la propia Corte Constitucional ha afirmado que el artículo debe aplicarse en “medidas prestacionales en sentido estricto” (SCC 271/2005). Algunos autores han afirmado incluso que dicha mención a los derechos civiles podría solaparse con la competencia exclusiva del Estado establecida en el artículo 117.II.L en relación con el “ordenamiento civil”.¹⁸

En todo caso, la Corte no ha realizado una definición clara de dicho concepto, sino que ha ido modulando su alcance. Se han incluido, por lo tanto, dentro de dicha cláusula cuestiones como la regulación de las certificaciones medioambientales, la protección del patrimonio cultural o el reconocimiento de los laboratorios científicos. Más allá del ámbito material, lo que sí resulta de especial interés es el mayor escrutinio que realiza la Corte Constitucional a las normas que se fundamentan en los “derechos civiles”, en especial, en relación con el test de proporcionalidad que se realiza, que resultará más estricto y preciso.¹⁹

Uso práctico del artículo 117.II.m) y el debate sobre las regiones con autonomía diferenciada

En los últimos años, la competencia del artículo 117.II.m) ha sido utilizada por parte del Estado para cuestiones como el establecimiento de un mínimo de beneficios sociales²⁰ o una cuantía mínima de becas universitarias,²¹ el número mínimo de trabajadores sociales o un mínimo de escuelas infantiles por habitante (33 plazas por cada 100 niños entre 3 y 36 meses). Así, se ha popularizado el término *livelli essenziali delle prestazioni* (LEP) en referencia

17. Ni el artículo 84, en relación con los “derechos civiles y políticos” que debe ostentar la persona candidata a primer ministro, ni el artículo 120, en relación con la posibilidad del Estado de subrogar poderes de las regiones, replica la estructura del artículo 117.II.M en relación con el “nivel esencial de las prestaciones [...]”.

18. Belletti, “I ‘livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...’ alla prova della giurisprudenza costituzionale”.

19. Delledonne, “Federalismo, livelli essenziali, diritti”.

20. Legge 30 dicembre 2021, n. 234.

21. Decreto legislativo 68 de 2012.

al mecanismo del Estado para fijar dichos mínimos, que, en los últimos dos ejercicios, ha ido asociado a la Ley de presupuestos.²²

No obstante, como ya hemos indicado, el artículo 116 del texto constitucional italiano regula las particularidades de la autonomía de las regiones especiales, entre las que destaca un régimen de distribución competencial diferenciado, que se aprobará por su propio Estatuto, con rango constitucional. En varias modificaciones de esos Estatutos se ha tratado de blindar las competencias regionales, indicando la necesidad de que el Estado asegure la financiación de dichas prestaciones.²³ En todo caso, parece que dichas disposiciones no resultaron suficientes y existe un intenso debate sobre la aplicación de dichos niveles esenciales en las regiones con mayor autonomía. Entre las soluciones propuestas destacan la aplicación diferenciada de dichos niveles, la aportación en forma de recursos propios de las regiones para asumir dichos niveles o la obligatoria negociación de los mismos en espacios de cooperación bilaterales. Por el contrario, la respuesta del ejecutivo central ha sido proponer las reformas legales necesarias para que el cumplimiento de los niveles esenciales establecidos resulte una condición necesaria para acceder a mayores niveles de autonomía²⁴ y la creación de una comisión de estudio para establecer un conjunto de niveles esenciales que resulten de aplicación en todo el territorio nacional.²⁵

3.2. El modelo alemán

En el caso alemán, el texto constitucional se modificó en el año 2006, partiendo de la premisa de que los *Länder* habían retrocedido en su capacidad legislativa y del predominio de la legislación de la federación mediante el

22. Como ejemplo, en la Ley de presupuestos de 2002 se incluyen tres “LEP”: niveles mínimos de plazas de escuelas de educación infantil, de trabajadores sociales y de plazas para transporte escolar de estudiantes con discapacidad.

23. Obsérvese, por ejemplo, la Ley, de 8 de junio de 2011, n.º 85: amplía los plazos para el ejercicio de la delegación prevista en la Ley, de 5 de mayo de 2009, n.º 42, sobre el federalismo fiscal.

24. Arcano y Turati, *Cosa insegna l'esperienza dei LEA per l'autonomia differenziata*.

25. Se trata de un grupo de 61 expertos, entre los que destacan expresidentes de la Corte Constitucional italiana, así como profesores de derecho constitucional o administrativo, creado por el gobierno con el objetivo de emitir un dictamen sobre los “derechos civiles y políticos cuyo nivel esencial debe garantizarse en todo el país”.

instrumento de la legislación marco.²⁶ Sin duda, una de las cuestiones más discutidas históricamente en la distribución competencial alemana es la cláusula de necesidad (*Erforderlichkeitsgesetzgebung*), instrumento que permite a la federación legislar de forma preferente a los *Länder*, en el marco de las competencias concurrentes, para el cumplimiento de ciertos objetivos.

Si bien dicho instrumento no es una novedad —pues está incluido en la redacción original de la Ley Fundamental de Bonn de 1949—, se vio afectado por las diferentes reformas constitucionales, tanto en 1994 como en 2006. De esta forma, la versión que estuvo vigente entre 1949 y 1994 establecía tres supuestos²⁷ en los que el Estado podía legislar, incluso tratándose de competencias concurrentes, destacando la discusión del término de “uniformidad de las condiciones de vida”.²⁸ No obstante, lo más destacable en ese momento era la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA), contrario a realizar un control sobre el uso de dicha cláusula, al indicar que la fundamentación de su uso era de carácter puramente político y estaba “excluida del control jurisdiccional”.²⁹ Tampoco la reforma de 1994, en la que se incluyó un nuevo artículo (93.1.2a) que permite al TCFA controlar la actuación de la Federación basada en el artículo 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn y se concretan las materias en las que se podía activar dicha “legislación de necesidad” parecía resolver la cuestión de la falta de control por parte del TCFA del uso de dicho precepto, con el conveniente efecto que esto provoca sobre el sistema de distribución competencial en su conjunto. No fue hasta los pronunciamientos *Altenpflegegesetz*,³⁰ *Juniorprofessorenentscheidung*³¹ y *Kriegshunde* que el TCFA confirmó su capacidad para “controlar” la justificación del uso

26. Naranjo de la Cruz, “La reforma del sistema de atribución de competencias en la ley fundamental”, 130.

27. En el artículo 72.2, la Constitución indicaba que el Estado podía legislar en las materias concurrentes en los siguientes casos: porque 1) una materia determinada no pueda ser eficazmente regulada mediante la legislación de cada Estado, o porque 2) la regulación de una materia mediante una ley regional (*Landesgesetz*) sería susceptible de menoscabar los intereses de otros Estados o del conjunto, o porque 3) así lo exija la preservación de la unidad jurídica o económica, en particular, el mantenimiento de la uniformidad de las condiciones de vida allende los límites de un estado regional.

28. Esta cuestión resultó analizada en profundidad por Baño León, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida*.

29. BVerfGE 65, 283, 289.

30. BVerfGE, 106, 62.

31. BVerfGE, 110, 141.

por parte de la Federación del precepto y, además, estableció los pasos para realizar una especie de análisis de necesidad.³²

A pesar del control más activo del TCFA en el cumplimiento de los requisitos establecidos para el uso del artículo 72.2, los *Länder* continuaban destacando la utilización de dicho precepto como forma de ampliar el ámbito competencial de la federación.³³

Así, en la modificación constitucional de 2006 se restringió el uso de dicha cláusula, estableciendo en el texto constitucional los diferentes ámbitos materiales en los que puede utilizarse.³⁴ No obstante, el resto de cuestiones que podrían incluirse en dicha cláusula se establecen como materias concurrentes —prevalecerá la legislación de la federación—, por lo que, en la práctica, supone una simplificación del sistema —por la supresión de la normativa marco—, pero también un aumento de las potestades de la federación, al poder legislar en forma de legislación concurrente de forma muy similar a las competencias exclusivas y solo estando sometido a la “conurrencia condicionada” en aquellas materias establecidas en el artículo 72.2.³⁵

Se observan, por lo tanto, tres elementos clave en la regulación del precepto que, en cierta manera, podrían resultar extrapolables a los casos italiano y español: en primer lugar, el tipo de competencia, que, en el caso alemán, no se discute que es exclusiva. En segundo lugar, el ámbito material (la materia) de la misma, que, en el caso alemán, ha ido sufriendo restricciones, desde un modelo basado en un ámbito indeterminado bajo el cumplimiento de ciertas condiciones hasta la situación actual de lista cerrada de materias. Y, por último, el control del TCFA sobre el uso de dicha cláusula, tanto en lo que refiere a su ámbito material como a las condiciones de su ejercicio. En Alemania, dicho control ha pasado de ser inexistente —al entenderse que se trata de un ámbito puramente político— a realizar un auténtico control de necesidad de su uso.

32. Bachmaier et al., *Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 II, 75 GG*.

33. Naranjo de la Cruz, “La reforma del sistema de atribución de competencias en la ley fundamental”, 137.

34. BVerfGE III, 226.

35. Arroyo, *La reforma constitucional del federalismo alemán*, 53.

4. El artículo 149.1.1 CE: relaciones y confusiones con otros títulos competenciales

Una vez analizada la perspectiva comparada, nos centramos en analizar las diferentes cuestiones que suscita el artículo 149.1.1 CE. En primer lugar, dada la importancia de la cláusula para el sistema de distribución competencial, analizaremos su interferencia con otros títulos competenciales como los de los artículos 53.1 y 81 CE. En segundo lugar, se analiza la confusión con la normativa básica, instrumento que, si bien tiene también la consecuencia de impactar en el reparto competencial, presenta diferencias notables con el precepto estudiado.

4.1. Contenido esencial de los derechos y artículo 149.1.1 CE

Como hemos señalado, en casos como el italiano se produce cierta confusión entre el contenido esencial del derecho y el contenido protegido por el artículo 117.II.m. No obstante, conviene destacar las diferencias entre ambos instrumentos en el caso español, para no llevar a confusiones:

- La garantía de contenido esencial en el ordenamiento español no implica reserva de ley estatal, y, aunque supone un mínimo de grado de “igualdad o uniformidad en el ejercicio de una parte del derecho”,³⁶ su alcance no queda limitado, como en el caso de la ley orgánica, a los derechos de la sección 1.ª, sino que también se incluyen los de la sección 2.ª del capítulo II del título primero.
- El contenido esencial constituye un mandato al legislador e, indirectamente, un instrumento de protección del individuo, pues garantiza que resulte reconocible la esencia del derecho incluso frente al legislador. Como garantía, la Constitución establece en el mismo precepto un mecanismo concreto de protección jurisdiccional para dicho contenido esencial.

36. López Guerra, “Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE”, 84.

— Como tempranamente indicó el TC,³⁷ el contenido esencial opera como límite interno de los derechos fundamentales, o bien como “límite de los límites”.³⁸

No resulta correcto, por lo tanto, considerar el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE) como una técnica de reparto competencial, tanto por su distinto alcance como por su función relativa a la protección del individuo. El TC ya indicó tempranamente que “no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las comunidades autónomas les corresponde”.³⁹ En cambio, el artículo 149.1.1 CE constituye un título competencial enmarcado en la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA. Por lo tanto, las cuestiones relativas al contenido esencial no deben confundirse con las “condiciones básicas” que indica dicho precepto.

4.2. Ley orgánica y artículo 149.1.1 CE

Tempranamente, el TC ya indicó que la reserva de ley orgánica “no contiene ningún título competencial a favor del Estado”⁴⁰ y, por lo tanto, en lo que se refiere al “núcleo duro” de derechos (artículos 15-29), actúa la garantía de ley orgánica como mecanismo para asegurar cierto grado de igualdad en el ejercicio de estos.⁴¹ A pesar de que dicho instrumento tampoco está destinado al reparto competencial, debemos señalar ciertas excepciones.

En primer lugar, debemos destacar las leyes orgánicas de transferencia —o delegación— de competencias, establecidas en el art. 150.2 CE que tienen como finalidad precisamente la transferencia de competencias, aunque con alcance y capacidad diferentes a la normativa estatutaria.⁴²

37. STC 61/1997.

38. Medina, “El principio de proporcionalidad y el legislador de derechos fundamentales”.

39. STC 61/1997, FJ 7, en la que se indica que “El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo debe respetar el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las comunidades autónomas les corresponde”.

40. STC 137/1986.

41. López Guerra, “Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE”.

42. Para valorar el alcance de dichas normas y su encaje en el sistema de distribución competencial: Bassols y Serrano, “El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2”.

Más confusión ha causado la cuestión de las materias “conexas”. En este sentido, el reconocimiento del TC a la inclusión de cuestiones “conexas” en el contenido de leyes orgánicas,⁴³ que, en la práctica, produce su congelación de rango, afecta directamente a la distribución competencial, al tratarse de cuestiones normalmente de carácter reglamentario y de competencia autonómica.⁴⁴ Se debe puntualizar, en todo caso, que el TC se ha otorgado el control sobre dichas materias, afirmando que podrá declarar como ordinarias aquellas que no entren en el ámbito material del Estado.⁴⁵

Así, se reconoce que la ley orgánica solo puede desarrollar cuestiones de competencia estatal que resulten esenciales para la definición del derecho fundamental,⁴⁶ por lo que resulta sencillo adelantar la problemática que deslindará el uso del artículo 149.1.1 CE en el marco de la utilización de las leyes orgánicas como instrumento de reparto competencial, especialmente en un contexto de ampliación de su ámbito material.⁴⁷

Por último, debemos descartar el solapamiento entre la ley orgánica y la normativa básica: dado que cualquier ley orgánica debe desarrollar derechos de competencia estatal, establecidos en el artículo 149.1 CE, dicha norma también resultará de carácter básico. Por lo que, si bien no son posibles leyes orgánicas que no tengan carácter básico —dejando fuera la cuestión de las materias conexas—, sí que serían posibles normas básicas sin carácter orgánico, más siguiendo el criterio estricto que ha indicado el TC⁴⁸ para delimitar el alcance de lo orgánico.⁴⁹

En este campo, la posición del TC no ha resultado del todo clara y puede generar confusión, especialmente entre el alcance de la ley orgánica y el del artículo 149.1.1 CE. Nos referimos, en concreto, al pronunciamiento de la

43. Ya se reconoció dicha posibilidad en la conocida y ya citada STC 5/1981.

44. Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*.

45. STC 26/1987.

46. STC 173/1998 FJ 7.

47. Un buen ejemplo de ello es la sentencia relativa a la Ley vasca de asociaciones (citada ya como STC 173/1998), en la que el TC indica que “resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación sobre la materia” [en referencia al artículo 149.1.1 CE].

48. STC 88/1985.

49. *Ibíd.*, 72.

STC 13/2006 que, al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley catalana de asociaciones, indica que:

En materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica (art. 81.1 CE), como sucede con el derecho de asociación, la capacidad normadora del Estado *ex* art. 149.1.1 CE puede extenderse más allá de ese desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho), incidiendo sobre la regulación del ejercicio del derecho en cuestión [...].

Parece obvio que el artículo 149.1.1 CE tiene un alcance material mayor que el de ley orgánica —no solo por el hecho de que la ley orgánica esté reservada para los artículos 15- 21 CE— pero no parece apropiado mezclar en una misma justificación un precepto destinado al reparto competencial y la reserva de ley orgánica, que, como ya hemos indicado, se enmarca en otros objetivos. Si bien el TC no ha ahondado en dicha jurisprudencia, parece —como observaremos posteriormente— que ha modulado el alcance del artículo 149.1.1, rechazando que tenga capacidad no para afectar al completo “contenido normativo” del derecho, sino al “ejercicio” del mismo.⁵⁰

Concluimos, por lo tanto, afirmando que ni la protección del contenido esencial ni la reserva de ley orgánica son instrumentos destinados a impactar sobre el reparto competencial, que debe ajustarse a lo establecido en los artículos 148 y 149 del texto constitucional.

4.3. Normativa básica: confusión, doble solapamiento y expansión

Por último, pasamos a analizar la cuestión de la relación entre normativa básica y el artículo 149.1.1 CE. Más allá de la posible confusión léxica que pueda producirse entre el concepto de *condiciones básicas* y el de *normativa básica*, varios son los factores que han provocado la interferencia entre ambas cláusulas: por una parte, una expansión del uso de la normativa básica, tanto debido a la variabilidad de su definición como a la asimetría de su aplicación⁵¹

50. STC 111/2012.

51. Arzoz, “¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?”.

y, por otra, la poca claridad del TC en sus pronunciamientos sobre la distinción de ambos términos.

Antes de analizar ambas cuestiones, debemos afirmar que, a diferencia de lo expuesto con el contenido esencial y la reserva de ley orgánica, el sistema de bases-desarrollo —y, por lo tanto, la normativa básica— sí que se trata de un sistema de distribución de competencias ente el Estado y las comunidades autónomas. Estamos, por lo tanto, ante dos mecanismos de distribución competencial que otorgan cierta capacidad al Estado para intervenir en una materia determinada.

En términos generales, el TC ha entendido que la normativa básica debe tener como objeto asegurar un mínimo común normativo en todo el Estado⁵² que permita a las CC. AA. actuar en la materia, permitiendo diferentes alternativas.⁵³ En este sentido, el TC ha ido mutando desde una perspectiva de las bases como principios o criterios generales hacia la permisividad ante la regulación de aspectos detallados en la normativa básica, de carácter prácticamente reglamentario,⁵⁴ llegando a afirmar que el límite debe resultar el “no vaciamiento” de la normativa autonómica.⁵⁵ El ámbito formal también ha sufrido cierta relajación: si bien en un principio —y lo deseable— es que la regulación básica estuviera contenida en normas con rango de ley, lo cierto es que ya se puede encontrar incluso en normas de carácter reglamentario, lo que tiende a regulaciones específicas y difíciles de encuadrar.⁵⁶

A esta relajación en lo formal y material de la normativa básica se añade la posición vacilante del TC en torno a la relación entre normativa básica y el artículo 149.1.1 CE. Si bien en algunas ocasiones el TC ha sido muy claro en distinguir ambos preceptos, como en la STC 61/1987:

“Condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1.º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación

52. STC 197/1987.

53. STC 158/1986.

54. Uno de los ejemplos más claros de la permisividad ante la legislación detallada en normativa básica se puede observar en la STC 31/2010.

55. STC 93/2015 FJ 4.

56. Caamaño, “El abandono de ‘lo básico’”.

de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino solo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad [...] La competencia *ex art. 149.1.1.º* CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo (STC 61/1987 FJ 7).

En otros posicionamientos el TC no es tan claro, confundiendo los dos conceptos⁵⁷ o, incluso, encuadrando una competencia del Estado en ambas cláusulas, como en la STC 3/2013 con relación a la colegiación obligatoria, que indica que:

La competencia para la regulación básica de los colegios profesionales [...] no excluye a priori que una determinada prescripción dictada en ejercicio de su competencia para regular las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas [...] pueda ser una condición básica que tienda a garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes.

Posteriormente, en la STC 203/2013, se confirma que dicha regulación podría sostenerse también mediante la normativa básica con los mismos efectos, estableciendo un caso de “doble cobertura”, pero sin distinción del alcance de cada una de las cláusulas expuestas.

Como podremos observar posteriormente, la falta de criterios claros para la distinción entre la normativa básica y las “condiciones básicas”, junto con el citado carácter expansivo de las bases pueden provocar un riesgo claro en la actuación del legislador: la regulación de cuestiones en las que el Estado no dispone de competencias —bajo el esquema bases-desarrollo— mediante la cobertura que puede ofrecer el artículo 149.1.1 CE. Se trataría de un tipo singular de “normativa básica” en aquellas materias en las que el Estado no puede legislar con carácter básico, aprovechando el carácter intercambiable de ambos títulos.

57. La STC 218/2016 indica, en relación con las cuestiones que se incluyen como “básicas” (sobre la base del artículo 149.1.1): “La determinación de un calendario de efectividad del reconocimiento de las situaciones de dependencia y del consiguiente acceso a las prestaciones y servicios del sistema de atención a la dependencia se configura como uno de los elementos básicos, en este caso temporales, que determina el nacimiento y la efectividad de dichas prestaciones”.

5. El uso del artículo 149.1.1: desde la transferencia de competencias hasta su conversión en cláusula transversal

Una vez analizada la posible confusión o interferencia del artículo 149.1.1 CE, pasamos a tratar la evolución de su uso por parte de los poderes públicos. Así, más allá de las cifras cuantitativas que ya se han señalado en el gráfico 1, se pretende determinar la evolución de la utilización de dicho precepto atendiendo al ámbito material afectado, así como al alcance de la propia competencia y al impacto en el sistema de distribución competencial, junto con los posicionamientos que ha realizado el TC en cada uno de los casos.

5.1. El artículo 149.1.1 en el proceso de transferencia de competencias

Encontramos, como primer uso del artículo 149.1.1 CE por parte de los poderes públicos, los diferentes reales decretos de transferencias de servicios a las comunidades autónomas. De esta forma, la utilización ordinaria de dicho precepto en los diferentes reales decretos tenía como objetivo, en algunos casos, mantener la reserva para el Estado de la competencia establecida en el artículo 149.1.1 CE y, en otras ocasiones, fundamentar reservas de submaterias propias para el Estado ante dicho proceso de transferencia.

En la primera de las situaciones (reserva por el Estado de la materia del artículo 149.1.1 CE) podemos destacar el Real Decreto 1070/90,⁵⁸ por el que se transfiere la competencia en educación no universitaria a la comunidad foral de Navarra y que destaca entre las funciones que se sigue reservando el Estado:

- a) La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes en materia de educación, de acuerdo con el artículo 149.1.1.º de la Constitución.

58. Real Decreto 1070/1990, de 31 de agosto, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la comunidad foral de Navarra en materia de enseñanzas no universitarias.

Parece que la utilización del artículo 149.1.1 CE en el marco de decretos de transferencia, sin aportar otras funciones a las ya establecidas constitucionalmente, resulta reiterativo y no aporta ni delimita realmente competencia alguna. Cuestión distinta son los casos en los que se reservan submaterias específicas bajo el paraguas del artículo en cuestión. Se trata, por lo tanto, de utilizar el artículo 149.1.1 CE como fundamento competencial para reservar cuestiones concretas. Como observamos a continuación, dicha fundamentación puede resultar tanto en combinación con otros títulos competenciales o del uso del artículo 149.1.1 CE como título autónomo.

En primer lugar, en algunas ocasiones se ha optado por incluir el artículo 149.1.1 CE en un *conglomerado* de títulos competenciales, sin determinar su alcance concreto. Destacaríamos el caso del Real Decreto 1096/84,⁵⁹ por medio del cual se traspasan las funciones y los servicios en materia de protección de la naturaleza a la comunidad autónoma de Andalucía y que menciona hasta diez preceptos del artículo 149.1 sin determinar el impacto de cada uno sobre las reservas del Estado. Resulta necesario comentar que, en este caso, nos encontramos ante un principio rector de la política social y económica (art. 45 CE).

En la segunda situación, es decir, la reserva de competencias del Estado bajo la cobertura del artículo 149.1.1, debemos destacar el Real Decreto 304/1985, de transferencia a Andalucía⁶⁰ de las funciones relativas a la competencia sobre asociaciones. En este sentido, el Real Decreto lista una serie de competencias que resultan propias del Estado, sobre la base de la citada reserva que provoca el artículo 149.1.1 CE:

- a) El registro nacional de asociaciones [...] aquellas que excedan del ámbito territorial de la comunidad de Andalucía [...]
- b) [...]
- c) [...]
- d) La declaración de utilidad pública de todas las asociaciones corresponde al gobierno de la nación y, en cuanto al procedimiento, se estará a lo establecido en el apartado b.5.

59. Real Decreto 1096/1984, de 4 de abril, de traspasos de funciones y servicios del Estado a la comunidad autónoma de Andalucía en materia de conservación de la naturaleza.

60. Real Decreto 304/1985, de 6 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la comunidad autónoma de Andalucía, en materia de asociaciones.

Debemos destacar que dicha reserva a favor del Estado se produce en el marco de un derecho fundamental —como es el derecho de asociación— y que, como han comentado algunos autores, se observa cierta “vis atractiva” del artículo 149.1.1 respecto a otras materias,⁶¹ más considerando que el Estatuto de Autonomía reconoce competencia exclusiva a la comunidad autónoma sobre “el régimen jurídico de las asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía”.

Constatamos, por lo tanto, la variable utilización del artículo 149.1.1 CE en la reserva competencial en los decretos de transferencia. Destaca, en todo caso, la utilización de dicho precepto tanto en derechos fundamentales como en principios rectores de la política social y económica, no estableciendo límites en su alcance, de lo que debemos entender que la expresión “deberes y derechos constitucionales” se entiende de forma expansiva.

5.2. El artículo 149.1.1 como base de los derechos de propiedad

Ya en el Real Decreto de transferencia en materia de desarrollo agrario a Cataluña⁶² aparecían, de forma conjunta, el derecho de propiedad y el artículo 149.1.1 CE. Desde ese momento, la utilización de dicho precepto a la hora de fundamentar la actuación estatal en materia de derechos a la propiedad ha resultado una constante, siendo usado para el propio derecho a la propiedad en términos generales, la regulación del suelo urbano, de bienes públicos y de cuestiones urbanísticas o, incluso, para incidir en la *legislación civil* propia de algunas comunidades autónomas. No debemos olvidar, en todo caso, que la práctica totalidad de las comunidades autónomas incluye, en sus estatutos de autonomía, el urbanismo como competencia exclusiva, lo que, como observaremos a continuación, no ha resultado obstáculo para que el artículo 149.1.1 CE permita al Estado intervenir en la materia.

De esta forma, el TC manifestó tempranamente⁶³ que la regulación relativa a la función social de la propiedad tiene encaje dentro del artículo 149.1.1 CE.

61. Tudela, *Derechos constitucionales y autonomía política*.

62. Real Decreto 241/1981, de 9 de enero, sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de reforma y desarrollo agrario.

63. STC 37/1987, FJ 9.

Precisamente esa vinculación de la función social de la propiedad al artículo 149.1.1 CE es la que termina fundamentando la competencia estatal en materia de reforma agraria en la indicada sentencia. Posteriormente, el Estado reguló, sobre la base del artículo 149.1.1 CE, cuestiones relativas al suelo urbano⁶⁴ en las que estableció, partiendo de la base de dicha cláusula, la coincidencia entre las condiciones básicas del derecho en cuestión y la normativa básica en la materia,⁶⁵ aspecto que, como hemos indicado, provoca controversia e inseguridad jurídica para el sistema de distribución competencial en su conjunto.

En la STC 149/1991, relativa a la Ley de costas, el Tribunal Constitucional da un paso más en la determinación del alcance del artículo 149.1.1 CE, afirmando que:

El art. 149.1.1, que opera aquí en dos planos distintos. En primer lugar, para asegurar una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona (art. 43 CE) [...] Por otro lado, la necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho no quedaría asegurada si el Estado, en uso de la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1.1, no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes de la zona marítimo-terrestre [...] (STC 149/1991, FJ 1).

Se sigue observando, por lo tanto, cierta reticencia a la utilización del artículo 149.1.1 CE como título autónomo para fundamentar competencias. Sin embargo, se usa el título en el marco tanto de principios rectores (art. 43 CE) como de otros derechos (art. 33 CE). Y, en todo caso, sirve para fundamentar, junto a esos artículos, reservas al Estado en materias específicas relacionadas con el dominio público.

Donde definitivamente se da el salto cualitativo en relación con el alcance del artículo 149.1.1 CE en el ámbito de los derechos de propiedad es en la STC 61/1997, convirtiéndose en un auténtico “*leading case*” en la materia:⁶⁶ dichos preceptos ya no se vinculan con la función social de la propiedad, ni con principios rectores u otros títulos competenciales que sustenten la competen-

64. Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

65. Parejo, *Suelo y urbanismo*.

66. González, *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, 84.

cial estatal. En este caso, después de afirmar que los estatutos de autonomía reconocen la competencia exclusiva en materia de urbanismo, afirma que dicho artículo permitiría “afectar puntualmente a la materia urbanística” con el fin de determinar ciertos aspectos como “la expropiación forzosa o la responsabilidad administrativa” que formarían parte de “las condiciones básicas del derecho a la propiedad”. No parece que lo más sorprendente de dicho pronunciamiento sea la utilización del artículo 149.1.1 CE de forma autónoma, sino más bien su capacidad para incidir en competencias exclusivas autonómicas prácticamente sin límites ni valoración de la necesidad de la actuación estatal.

Lejos de resultar pacífica, la relación entre los derechos de propiedad y el artículo 149.1.1 ha seguido motivando la actuación del TC. Ya sea en la STC 164/2001 en relación con la Ley de régimen del suelo y valoraciones, en la que se determina la competencia estatal para regular cuestiones como la clasificación tripartita del suelo, los criterios para la determinación del suelo como urbano o la distribución de las cargas entre propietarios únicamente sobre la base del artículo 149.1.1 CE; o, más recientemente en las SSTC 16/2018 y 80/2018, en las que se presenta el artículo 149.1.1 CE como un límite a la actuación autonómica, especialmente en lo que afecta a la función social de la vivienda.

Por último, debemos destacar que tanto el Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del suelo, como, especialmente, la reciente Ley 12/2023, sobre el derecho a la vivienda, utilizan tanto el artículo 149.1.1 CE como el artículo 149.1.13 CE como títulos habilitantes genéricos del conjunto del articulado. Más allá que algunos preceptos se fundamenten en otros títulos, la utilización del artículo 149.1.1 CE como título competencial habilitante del conjunto de la norma demuestra la importancia que juega dicho precepto en relación con el fundamento competencial del Estado para legislar en materia de vivienda. Varios autores ya han indicado las dificultades de conciliar dichas normas con la copiosa normativa autonómica en la materia⁶⁷ o que la utilización del artículo 149.1.1 en la misma trasciende de la perspectiva eminentemente territorial.⁶⁸ Dicha reflexión viene confirmada por el prólogo de la propia norma, en el que se destaca el papel

67. Durbán, “La ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda”.

68. Velasco, “Complejidad competencial y diversidad de formas normativas”, 80.

de la cláusula para asegurar tanto el derecho a una vivienda digna como el ejercicio del derecho a la propiedad de una vivienda.

5.3. El artículo 149.1.1 y los derechos sociales

Finalmente, muchos autores venían considerando desde hace décadas que el artículo 149.1.1 CE tendía a convertirse en una competencia autónoma en el marco de los derechos sociales y económicos, sobre la base, principalmente, del poder de gasto y la capacidad prestacional del Estado.⁶⁹ Parece que esa es, en parte, la tendencia que ha tomado el legislador en los últimos años utilizando el artículo 149.1.1 CE como fundamento competencial para el desarrollo de derechos sociales, en muchos casos de carácter prestacional. Así, normas como la Ley para la promoción de la autonomía personal (Ley de dependencia), el Real Decreto de medidas sociales contra la violencia de género, la regulación del ingreso mínimo vital, las mejoras en el ámbito de las becas y ayudas al estudio o el conjunto de medidas sociales para paliar los efectos de la crisis de la covid-19 o de la guerra de Ucrania se han basado, total o parcialmente, en el artículo 149.1.1 CE como título de intervención por parte del Estado. En todo caso, no debemos olvidar que la práctica totalidad de las comunidades autónomas han asumido la “asistencia social” como competencia exclusiva.

La posición del TC sobre la materia no ha resultado definitiva, posicionándose especialmente en relación con la potestad de gasto del Estado. Así, ya en la STC 13/1992 se reconocía que el Estado “[sobre la base de su potestad subvencional] puede tender a asegurar las condiciones de igualdad cuya regulación se reserva al 149.1.1” (FJ 7). Así, esa sería la “puerta de entrada” para que el Estado pueda financiar —mediante su potestad subvencional, en principio— cuestiones sociales en las que no dispone de competencia. La sentencia, en conclusión, acepta la competencia del Estado vía artículo 149.1.1 CE frente a un derecho social puramente prestacional.⁷⁰

69. López Guerra, “Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE”, 92.

70. González, *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, 125.

La poca claridad del TC en la materia ha venido reforzada por la negativa a la aplicación del título del artículo 149.1.1 CE siempre que la competencia en cuestión pueda subsumirse en otra competencial estatal. Así, tanto en la STC 211/2014 como en la STC 6/2015 el TC rechaza la utilización de dicho precepto en cuestiones como asistencia sanitaria o los gastos farmacéuticos, al afirmar que:

Dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia [la del art. 149.1.1 CE] queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido (STC 6/2015 FJ 5).

Dicho pronunciamiento nos parece acertado, más en un ámbito confuso como el de derechos sociales: permite establecer una distinción clara entre la normativa básica y el artículo 149.1.1 CE y evita la utilización del artículo como título horizontal o “hermenéutico” del sistema de distribución competencial. No obstante, despierta dos dudas: en primer lugar, la referencia a la “absorción” de la competencia del artículo 149.1.1 a la normativa básica y, en consecuencia, el interrogante de cuál habría sido la posición del TC si el Estado no dispusiera de las bases en la materia.

La falta de título competencial del Estado en la regulación de derechos sociales y, en especial, de prestaciones sociales, ha sido suplida en algunas ocasiones con la vinculación de las mismas al artículo 149.1.17 CE, en relación con la legislación básica y el régimen de la Seguridad Social. Un buen ejemplo de ello sería la regulación del ingreso mínimo vital,⁷¹ cuya regulación —y, en especial, su gestión— ha provocado una alta conflictividad competencial⁷² para determinar qué nivel competencial puede ser responsable para su gestión. Y, en parte, la controversia parece lógica: resulta difícil de entender que, una vez vinculado al régimen de la seguridad social, la propia gestión del subsidio no sea gestionada por los entes territoriales.

71. De esta cuestión en específico destaca De la Quadra-Salcedo, “La competencia sobre la gestión del ingreso mínimo vital”.

72. Solo para mencionar alguna, el traspaso de la competencia de gestión del IMV ha sido el fundamento de la STC 158/2021, estando pendientes de resolver otros recursos de inconstitucionalidad en la materia.

Por último, otro de los casos más relevantes se relaciona con la regulación de las becas y ayudas al estudio. En dicha materia, el TC ha ido paulatinamente reconociendo más competencias a las comunidades autónomas, especialmente en lo que afecta a su gestión. Así, el TC ha pasado de reconocer la “necesaria participación”⁷³ de las CC. AA. en la ejecución de la política de becas y ayudas al estudio a que dicha gestión debía resultar “necesariamente” autonómica.⁷⁴ En los últimos años, el TC ha indicado de forma categórica no solo que dicha gestión debe ser realizada por parte de las CC. AA., sino que estas también deben gestionar las becas que afectan a la movilidad entre CC. AA. de los estudiantes⁷⁵ o que el pago de la cuantía variable debe ser de gestión autonómica.⁷⁶ Resulta sorprendente, por lo tanto, que el Estado mantenga ciertas competencias en la gestión de dichas ayudas, más cuando el TC, en su STC 188/2001, afirmó de forma clara que:

Así, de un lado, extravasan el ámbito propio del art. 149.1.1 CE los preceptos de dichas órdenes [en materia de becas] que atribuyen a los órganos centrales del Estado competencias de carácter ejecutivo, pues aquel precepto constitucional está “constreñido al ámbito normativo”, según quedó dicho”. (STC 188/2001, FJ 13)

Nos encontramos, por lo tanto, en que la cuestión de la vinculación de los derechos sociales, prioritariamente de carácter prestacional, y el artículo 149.1.1 CE no se encuentra resuelta. No obstante, observamos que dicha cuestión va intrínsecamente ligada al poder de gasto del Estado, que determinará en parte el alcance de su posible intervención —e invasión— competencial.

6. Conclusión: la utilización diversa del art. 149 CE

Por último, ha parecido razonable realizar una revisión del uso material del artículo 149.1.1 CE en la actualidad, destacando aquellas particularidades que pueden afectar a su uso y alcance. De esta forma, se analizan, también a

73. STC 330/1993, FJ 3.

74. STC 188/2001.

75. STC 25/2015.

76. STC 95/2016.

modo de conclusiones, las principales líneas en su uso, así como el encaje en el sistema de distribución competencial en su conjunto.

En primer lugar, debemos destacar el rechazo a la concepción del artículo 149.1.1 CE como título transversal o hermenéutico. Si bien en un inicio se pudo entender que el artículo en cuestión podía tener una función de criterio hermenéutico o principio interpretativo del sistema de distribución competencial,⁷⁷ a día de hoy dicha interpretación ha quedado descartada, limitando su alcance a un ámbito material concreto. Bien lo explicó el TC en su STC 61/1997 afirmando 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.

Precisamente por ese rechazo a la utilización del precepto como título transversal u horizontal, sorprende su moderna utilización en algunas normas de manera genérica, como puede ser en la Ley 17/2022, sobre ciencia, tecnología e innovación. Lo mismo ocurre con la Ley 20/2022, de memoria democrática. En ambos casos, a nuestro entender, se utiliza el precepto de forma genérica y sin justificar el impacto sobre la igualdad en el ejercicio de los derechos.

En el mismo sentido, hemos expuesto que se trata de un título autónomo, que no puede regular el régimen jurídico del derecho al completo. El TC ha calificado en diversas ocasiones el título como “autónomo” o “positivo”, por lo que es evidente que puede actuar sin la necesidad de otros títulos competenciales. No obstante, a pesar de dicha autonomía, el “alcance” de la competencia no permite la regulación del derecho en su conjunto, pues “el legislador estatal no puede establecer el régimen jurídico completo de la materia, regulación acabada que corresponde al poder público que corresponda según el sistema constitucional de distribución de competencias”.⁷⁸

77. Pemán, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, 238.

78. STC 148/2012.

Por otra parte, hemos podido observar cómo la referencia a “derechos y deberes constitucionales” debe entenderse con carácter amplio, incluyendo también los principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero. La actuación del legislador en los últimos años va en consonancia con esta concepción amplia, regulando con base en el artículo 149.1.1 CE cuestiones como los derechos de las personas con discapacidad⁷⁹ (art. 49 CE) o la protección hacia la familia y la infancia⁸⁰ (art. 39 CE).

En el ámbito material, hemos observado cierta tendencia en los últimos años hacia la regulación de derechos sociales o, en su caso, derechos de carácter prestacional. Como hemos indicado, el alcance del artículo 149.1.1 CE se encuentra ligado al poder de gasto del Estado, cuestión que se encuentra en constante discusión. En consonancia, el legislador ha utilizado dicho título para fundamentar el reparto de subvenciones con carácter nominativo entre organizaciones sociales de ámbito estatal,⁸¹ lo que reforzaría la idea de la relación entre el artículo 149.1.1 CE y el *spending power* del Estado. En todo caso, parece claro que el artículo 149.1.1 CE no puede servir para afectar a competencias propias de gestión de las CC. AA., indicando el TC, en este sentido, que la competencia objeto de dicho artículo se encuentra “constreñida al ámbito normativo”.⁸²

Debemos indicar también que, más allá de derechos sociales, el precepto se ha usado también para fundamentar la competencia del Estado sobre derechos que no se encuentran en el texto constitucional o “de nueva crea-

79. Múltiples son las normas que se han fundamentado en el artículo 149.1.1 CE sobre la materia en los últimos años. Para destacar la más significativa: Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

80. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

81. Destacamos, por ser una de las más recientes y tramitada en forma de Real Decreto Ley el Real Decreto Ley 33/2020, de 3 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo a entidades del tercer sector de acción social de ámbito estatal.

82. STC 188/2001.

ción”, como podría ser el caso de la normativa relativa al aborto⁸³ o la eutanasia.⁸⁴ Sin duda, la regulación de derechos “de nueva generación”, que no se encuentran en la Constitución ni en los estatutos de autonomía, resultará todo un reto para nuestro sistema de distribución competencial. Como acabamos de ver, hasta el momento el artículo 149.1.1 CE ha dado respuesta a algunas de esas cuestiones, pero cabría analizar de forma más profunda la vinculación de dichos derechos con “la igualdad en el ejercicio de los derechos”.

Por último, debemos destacar el uso del artículo 149.1.1 CE en dos situaciones específicas, muy frecuentes en los últimos años. Por una parte, el aumento exponencial de su uso en situaciones de crisis. Así, la práctica totalidad de medidas tanto sociales como económicas que se adoptaron para paliar la situación de la covid-19⁸⁵ fueron sustentadas, entre otros preceptos, en el artículo 149.1.1 CE. Asimismo, la normativa de urgencia dirigida a paliar las consecuencias de la erupción del volcán de La Palma⁸⁶ se fundamentó, entre otros títulos, en el artículo 149.1.1 CE. En todo caso, gran parte de las medidas que en ambas situaciones se regulan son de carácter social (ayudas sociales, bonificaciones y subvenciones), por lo que deberíamos remitirnos a lo expuesto con relación a los derechos sociales. Por otra parte, una gran cantidad de normas⁸⁷ relativas a la protección frente a la violencia de género y a la libertad sexual han tenido también como título competencial el artículo 149.1.1 CE, si bien dichas normas

83. Nos referimos a la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

84. Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

85. Solo para indicar algunas, destaca el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes o el Real Decreto Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social de la covid-2019.

86. Real Decreto Ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma.

87. Solo para citar algunas, destacan la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, o la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

incluyen medidas tanto sociales como en el ámbito de la justicia o de la promoción de la igualdad de trato.

No cabe duda, por lo tanto, de que el artículo 149.1.1 CE se ha convertido en uno de los títulos competenciales transversales usados preferentemente por el legislador estatal. Si bien se han expuesto sus riesgos —uso extensivo tanto en su ámbito material como formal— y su potencialidad para distorsionar el sistema de distribución competencial, debemos avanzar algunas virtualidades de su utilización, siempre en el marco de un uso *racionalizado* por el legislador estatal. En primer lugar, destaca su capacidad para intervenir en los obstáculos al libre ejercicio de los derechos y deberes constitucionales y asegurar, de esta forma, su disfrute efectivo. Sobresale, igualmente, su función como instrumento para desarrollar el contenido prestacional de ciertos principios rectores, en el marco de la distribución competencial establecida. Por último, cabe subrayar las posibilidades que ofrece el precepto como mecanismo para reforzar la cláusula de *Estado social* en el marco del reparto competencial: desde esta óptica, el precepto puede ser valorado como instrumento de consolidación de un mínimo contenido prestacional en ciertos derechos o en el marco de derechos de nueva creación.

Bibliografía

- Arcano, R., I. Maroccia, y G. Turati. *Cosa insegna l'esperienza dei LEA per l'autonomia differenziata*. Osservatorio Conti Pubblici Italiani, 2023.
- Arroyo Gil, A. *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2006.
- Arzoz Santisteban, X. “¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?”. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 23 (2016): 201-234.
- Bachmaier, H, V. Kröning, y J. Stünker. *Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 II, 75 GG –insbesondere Altenpflege- und Juniorprofessorenentscheidung–*. Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, 2004.
- Baño León, J. M. *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida*. Madrid: INAP, 1988.
- Bassols Coma, M., y J. M. Serrano Alberca. “El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas”. *Revista de Administración Pública* 97 (1982): 30-72.

- Belleti, M. "I 'livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...' alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile". *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici* 3-4 (2003): 613-646.
- Brennan, W. J. "State constitutions and the protection of individual rights". *HLR* 90, n.º 6 (1977).
- Caamaño Domínguez, F. M. "El abandono de "lo básico": Estado autonómico y mito fundacional". *Anuario de derecho constitucional y parlamentario* 12-13 (2000): 87-112.
- Cabellos Espiérrez, M. Á. "Descentralización y derechos de los ciudadanos: la tensión entre igualdad y autonomía política en el modelo italiano". *Revista Vasca de Administración Pública* 103 (2015): 131-169.
- D'Atena, A. "La reforma constitucional del regionalismo italiano". *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* 4 (2007): 9-34.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. "La competencia sobre la gestión del ingreso mínimo vital: ¿una competencia exclusiva del Estado susceptible de traspaso?". *Revista General de Derecho Constitucional* 37 (2022).
- Delledonne, G. "Federalismo, livelli essenziali, diritti". En *Diritto di Welfare*. Il Mulino, 2010.
- Durbán Martín, I. "La ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda: Un análisis desde el prisma competencial". *Revista General de Derecho Administrativo* 64 (2023).
- Fernández Farreres, G. *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*. Iustel, 2005.
- González Pascual, M. Isabel. *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*. Instituto Vasco de la Administración Pública, 2007.
- López Guerra, L. "Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE". En *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, 79-95. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1990.
- Luciani, M. "I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)". *Politica del Diritto* 3 (2002): 345-360.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (1983). "Derechos y Libertades Fundamentales: standard europeo, standard nacional y competencias de las Comunidades Autónomas". *RVAP* 7 (1983): 9-38.
- Medina Guerrero, M. "El principio de proporcionalidad y el legislador de derechos fundamentales". *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998): 118-140.
- Naranjo de la Cruz, R. "La reforma del sistema de atribución de competencias en la ley fundamental". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 6 (2006): 125-159.
- Parejo Alfonso, L. *Suelo y urbanismo: el nuevo sistema legal*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Pemán Gavín, J. M. *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*. Madrid: Civitas, 1992.
- Rolla, G. "El desarrollo del regionalismo italiano". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 2 (2004): 181-206.
- Tudela Aranda, J. *Derechos constitucionales y autonomía política*. Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.

Velasco Cabellero, F. “Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el derecho a la vivienda”. *Revista de Derecho Público: teoría y método* 2 (2023): 62-94

Villaverde Menéndez, I. *La igualdad en la diversidad: Forma de Estado y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso de la laguna del Mar Menor

Blanca Soro Mateo

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia (España)

Santiago M. Álvarez Carreño

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia (España)

Rights of Nature and the Spanish Constitution: The Case of the Mar Menor Lagoon

ABSTRACT The purpose of this study is to analyse the constitutionality of Law 19/2022, based on the theory of the rights of nature, specifically its compatibility with the constitutional framework used by the Spanish State (Art. 149.1.23 of the Spanish Constitution) as a regulatory basis in the new field of the rights of nature and its impact on the regulatory possibilities of the autonomous communities. This article also studies the Law from the perspective of legal certainty (Art. 9.3 of the Spanish Constitution).

KEYWORDS rights of nature; legal personality of nature; basic regulations on environmental protection; legal certainty.

RESUMEN El objeto del presente estudio es analizar la constitucionalidad de la Ley 19/2022, en el marco del movimiento de los derechos de la naturaleza, a partir del título constitucional que utiliza el Estado (art. 149.1.23 CE) como fundamento normativo en el novedoso ámbito de los derechos de la naturaleza y su impacto en las posibilidades normativas de las comunidades autónomas. Se incorpora, asimismo, el estudio de los aspectos más controvertidos de la Ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

PALABRAS CLAVE derechos de la naturaleza; personalidad jurídica de la naturaleza; normas básicas sobre protección de los espacios naturales protegidos; seguridad jurídica.

Artículo recibido el 13/3/2024; aceptado el 12/4/2024.

El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto PID2020-115505RB-C22, “Derecho de la biodiversidad y cambio climático: trama verde, suelos y medio marino”, Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, AEI.

1. Los derechos de la naturaleza y la reciente Ley 19/2022 que reconoce personalidad jurídica y derechos al Mar Menor. Una visión crítica y escéptica

1.1. La paralela preocupación por el estado del Mar Menor y el auge de la teoría de los derechos de la naturaleza en Europa

a) Reflexiones sobre el auge de la teoría de los derechos de la naturaleza en Europa como respuesta a la crisis del derecho ambiental. La Carta de los derechos de la naturaleza como precedente de la Ley 19/2022

De forma paralela a los episodios de anoxia del Mar Menor se vienen multiplicando las expresiones populares de desconfianza en nuestro sistema jurídico-político ante los continuados errores y los flagrantes incumplimientos del derecho ambiental. Frente a esta realidad, hace tiempo que la doctrina ha advertido de muchos de estos desatinos políticos y jurídicos que han provocado este funesto, predecible y evitable resultado, que supone el deterioro irreversible de un ecosistema natural único.¹ Dichos análisis, a partir de los datos que aporta el ordenamiento jurídico vigente, lejos de agotarse en cuestiones de derecho positivo, vienen explorando la cuestión en su trasfondo ético, por las repercusiones que el mismo generará seguro sobre las generaciones futuras, con infracción del principio de justicia intergeneracional.²

En efecto, cuando se presenta el daño ambiental como problema ético se vincula con los derechos humanos, reforzándose el alcance del derecho consagrado por el art. 45 de la Constitución española (en adelante, CE) a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad, que

1. *Vid.* Soro Mateo, “Los errores jurídico-políticos en torno al Mar Menor”, 1023-1068; Álvarez Carreño, “El continuo “coser y descoser” de la legislación procedimental ambiental de la Región de Murcia”, 81-89; Soro Mateo et al., 1199-1227; Álvarez Carreño et al., “Región de Murcia”, 1204-1231; Álvarez Carreño et al., “Las modificaciones normativas regresivas y alguna relevante victoria ambiental en sede judicial en la comunidad autónoma de la Región de Murcia”, 1344-1380; Soro Mateo et al., *Los espacios naturales protegidos de la Región de Murcia*.

2. Los dos principios emanan de la Cumbre de Río de Janeiro de 1992. *Vid.* United Nations, Rio Declaration on Environment and Development (1992) (<http://www.un.org/>) y la Carta de la Tierra (<http://earthcharter.org/>).

debe pertenecer a cada individuo por el solo hecho de existir, como el derecho a la vida o el derecho a la salud o a la integridad personal, y no solo de las generaciones presentes, sino también de las futuras.³ Esta perspectiva, a la vez, permite ampliar el espectro interpretativo del art. 45 CE en el sentido de fundamentar la conveniencia de generalizar la acción popular para la defensa del medioambiente, solo garantizada por el ordenamiento español en el ámbito de la costa⁴ y de los parques nacionales,⁵ con las precisiones que se harán *infra* respecto a la acción popular que introduce la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca (en adelante, LPJMM).

Pues bien, estas y otras propuestas evolutivas, como las contenidas en la LPJMM, salen al paso de la presente “crisis del derecho ambiental”, que tiene múltiples causas (su inaplicación, su falta de efectividad, su reducción a un conjunto de procedimientos formales, su falta de cristalización en la conciencia social, las regresiones en su estándar de protección...) y obliga a repensar muchos de sus fundamentos e instrumentos de aplicación.

Ahora bien, antes de entrar a analizar el contenido de la LPJMM⁶ y la problemática constitucional —no sólo competencial— que suscita, debe recordarse que el derecho ambiental debe ser dinámico y adaptarse a las nuevas realidades, por lo que conviene estar atentos a todas las reflexiones, investigaciones y propuestas que pretenden abrir camino y explorar nuevas vías de desarrollo, sin que ello deba significar —en palabras de Álvarez Carreño— abandonar los múltiples instrumentos ya diseñados y que están esperando la oportunidad

3. *Cfr.* Soro Mateo, “Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del bioderecho”, 105-122.

4. En virtud del art. 109 LC: “1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación. 2. La Administración, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador ya finalizado o en trámite, abonará a los particulares denunciadores los gastos justificados en que hubieran incurrido”.

5. A partir de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la red de parques nacionales (art. 22) y que se mantiene por la Ley 30/2014, de 3 de diciembre (art. 39).

6. Unas iniciales reacciones doctrinales, de tono fuertemente crítico, en Lozano Cutanda, “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica”; Jaria-Manzano, “La personalidad jurídica del Mar Menor”; Carrasco Perera, “El Antropoceno es, quién lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas”.

de demostrar su eficacia, lo cual puede comportar graves riesgos y resultados negativos si no se aquilatan bien todas sus consecuencias.⁷

En concreto, sobre la atribución de personalidad jurídica a elementos de la naturaleza, por muy atractiva que pueda parecer esta propuesta, y sin despreciar la adhesión sentimental de amplias capas de la sociedad a la misma, “engendra el grave inconveniente de patrimonializar la naturaleza y poder amparar la celebración de negocios jurídicos que, fuera del ámbito de las potestades administrativas, supongan a la postre la definitiva pérdida de control colectivo de las acciones que afectan al medioambiente”.⁸ Prieur, estudioso de estas tendencias que reconocen derechos a los elementos de la naturaleza en América Latina, que es donde se encuentran algunos ejemplos de cristalización de estas perspectivas hasta la fecha —bien sea reconociendo los derechos de la naturaleza en el texto constitucional, en el derecho nacional o en resoluciones judiciales de caso único—, estima que existen ya suficientes mecanismos jurídicos en el derecho para combatir la desprotección y los incumplimientos, sin que sea necesario acudir a la creación de figuras o nuevos instrumentos que pueden, además, entrañar peligros de regresión, como nos parece que puede acontecer en el caso de la LPJMM que analizamos.⁹

No cabe duda de que esta Ley surge en un contexto de auge de la teoría de los derechos de la naturaleza, que está presente en los debates doctrinales de una pluralidad de disciplinas, incluidas las jurídicas.

El precedente más inmediato que puede destacarse a escala europea, más allá de las experiencias existentes en otros contextos jurídicos que pretenden justificar esta Ley, es el estudio *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, encargado por el Comité Económico y Social Europeo a la Universidad de Siena, a la asociación Nature’s Rights (UK) y al Centro di Ricerca Euroamericano Sulle Politiche Costituzionali de la Universidad de Salento, en 2019, que representa una buena muestra sobre la repercusión que esta corriente iusfilosófica está teniendo ya en Europa.¹⁰ Dicho estudio propone una *Carta sobre los Derechos de la Naturaleza* que, según sus auto-

7. Álvarez Carreño, “A la sombra de la pandemia”, 85-87.

8. *Ibidem*.

9. Prieur, “Que faut-il faire pour l’Amazonie”, 665-669.

10. Dicho estudio se encuentra disponible en <https://www.eesc.europa.eu/>.

res, puede ofrecer a la UE una gran oportunidad para asumir el liderazgo en la configuración de los cambios sistémicos a largo plazo necesarios para transformar nuestro mundo. Tras denunciar que el tratamiento jurídico de la naturaleza como un objeto nos ha llevado a la legalización de la explotación de la Naturaleza y al extractivismo, se propone cambiar el estatus legal de la naturaleza, de un objeto de derecho a un sujeto de derecho, con personalidad jurídica y derechos, considerando a la naturaleza como una “parte interesada”, cuyos derechos deben ser respetados, y facultándose a todas las personas para defender la naturaleza, apelando al Convenio de Aarhus. Se añade que el derecho humano al medioambiente no se muestra suficiente, porque no existen parámetros regulatorios vinculantes, basados en la ecología, para definir cuándo y cómo un medioambiente es “saludable”, afirmándose la necesidad de reconocer derechos a la naturaleza, porque sin la naturaleza, los humanos no pueden existir.

El informe que, como puede comprobarse, es miméticamente trasladado al texto de la Iniciativa Legislativa Popular (ILP),¹¹ que fue el embrión de lo que hoy es la LPJMM, añade breves y genéricas reflexiones sobre algunos principios y propuestas conocidas y ya clásicas del derecho ambiental como la del principio de “no regresión”, el criterio “*in dubio pro natura*”, la inversión de la carga de la prueba en cuestiones ambientales, la participación y la responsabilidad objetiva, entre otros, dando cuenta de las tan denunciadas limitaciones de acceso a la justicia ambiental.¹² Quizá la parte más interesante del informe sea aquella en la que sus redactores se plantean las posibilidades de cristalización de esta teoría de los derechos de la naturaleza en el derecho de la Unión Europea. Se propone la siguiente alternativa: por un lado, la posibilidad de incorporar una Carta de Derechos de la Naturaleza a los Tratados de la UE —art. 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)—; por

11. La ILP partía de un trabajo realizado por los alumnos de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia que contó con el apoyo de la Cátedra de Derechos Humanos y de la Naturaleza creada en la Universidad de Murcia en septiembre de 2020 y dirigida por Teresa Vicente, profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, impulsora y principal promotora de esta Iniciativa Legislativa Popular. Como juristas entendimos, desde el principio y una vez conocido el texto de la ILP —quizás demasiado tarde, cuando ya estaba cerrado y sometido a las correspondientes firmas—, que debíamos colaborar para impedir que una eventual enmienda a la totalidad, que no ha tenido lugar tras su paso por el Congreso, o un posterior y anunciado recurso ante el TC, frustraran tantas esperanzas que una parte de la ciudadanía había depositado en ella.

12. *Vid.* Carducci et al., *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, 71.

otro, la posibilidad de adopción de la Carta de Derechos de la Naturaleza por el Consejo, el Parlamento y la Comisión como acto no legislativo interinstitucional, en cuyo caso la Carta sería un instrumento legal interpretativo e integrador, que podría ser utilizado por todos los funcionarios y jueces como instrumento rector para llegar a una solución ecológica en la interpretación del derecho vigente.¹³

Es curioso —a nuestro modo de ver— que la propuesta de *Carta de Derechos de la Naturaleza* que incorpora y propone el referido informe no incluya derechos de la naturaleza, sino deberes, prohibiciones y derechos, concretamente el derecho de no regresión, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a indemnización de daños y perjuicios, el derecho a la ciencia y el derecho a la educación ambiental y climática.¹⁴ Y decimos curioso porque, en puridad, se es consciente de que la formulación de los derechos haría perder a la Carta cualquier posibilidad de ser adoptada, dado el desajuste que ello supondría con los ordenamientos jurídicos europeos donde pretendiera ser aplicada, aunque fuera con carácter interpretativo.

La tendencia *iusfilosófica* que inspira solo parcialmente este informe, pero íntegramente la LPJMM, emana de la justicia ecológica, que parte de la afirmación de los derechos de la naturaleza y que se justifica en el valor intrínseco de la naturaleza y en el principio de igualdad, en un intento de trascender el paradigma de los derechos humanos como concepción inspirada en una visión antropocentrista, en sentido peyorativo, del derecho ambiental. El reconocimiento de derechos de la naturaleza se sustenta en tres ideas que se identifican con la crítica al antropocentrismo, al derecho de propiedad y al ilimitado crecimiento económico, y propone, frente a este esquema, una perspectiva ecocéntrica que priorice el valor intrínseco de la naturaleza y las limitaciones impuestas por la capacidad del medioambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras que se erigen como deber moral.¹⁵

13. *Ibidem.* 117-121 y 180 y ss.

14. *Vid.* el art. 15 sobre derecho a la no regresión en la protección de la naturaleza, el art. 16 sobre derecho de acceso a la justicia, el art. 17 sobre derecho a indemnización por daños y perjuicios, el art. 18 sobre derecho a la ciencia, el art. 19 sobre derecho a la educación ambiental y climática, y, en fin, la cláusula de cierre de su art. 20.

15. Vicente Giménez y Salazar Ortuño, “La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca”, 14-16.

Esta postura es matizada por Belloso, para la que “la atribución de derechos a realidades no-humanas debe ponerse en el contexto adecuado (cultural y filosófico) para entender, en su debida medida, el porqué de determinadas legislaciones, diseños constitucionales, decisiones en sede judicial y construcciones doctrinales”. Añade la autora que, frente a una inflación de titulares de derechos, en detrimento de los propios derechos humanos “... no se trata tanto de reconocerlos como sujeto de derechos, sino de aprovechar tales ficciones jurídicas para dotarlos de una tutela plena y efectiva. En cualquier caso, una estrategia que transite del plano moral al jurídico, y que proteja la naturaleza y el ámbito ecológico en general, resulta imperiosa y urgente, de manera que facilite la adecuada convivencia del ser humano con todos los demás seres vivos en la Tierra. La ecología, en cuanto interacción de la humanidad con el planeta Tierra, forma parte de un todo, y hace necesario que el derecho adopte este enfoque”.¹⁶ Como puede observarse, se relativiza la necesidad de reconocer derechos a la naturaleza en cualquier ordenamiento, otorgándosele relevancia a la necesidad de que el Derecho adopte un enfoque ecológico, que venza el marcado carácter antropocéntrico, impropio de la época actual.

b) La propuesta de Directiva sobre los derechos de la naturaleza de 2017

El movimiento de los derechos de la naturaleza en Europa no es nuevo. Borrás Pentinat, hace ya unos años, nos dio noticia de la propuesta de Mumta Ito, fundadora de *Nature's Rights*, que elaboró un Proyecto de Directiva en 2017 dirigida a codificar los derechos de la naturaleza, que fue revisado por algunos expertos de todo el mundo, por la Plataforma Armonía con la Naturaleza de la ONU¹⁷ y por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).¹⁸ La idea era presentar una iniciativa ciudadana europea por la organización *Nature's Rights*, entre 2019 y 2020, con el fin de proponer los derechos de la naturaleza en la agenda legislativa de la UE. Dicha iniciativa fue presentada en el Parlamento Europeo. El borrador de la propuesta ciudadana,

16. Belloso Martín, “Un intento de fundamentar derechos de los no-humanos (derechos de la naturaleza) a partir del desarrollo sostenible”, 39-40.

17. Resulta muy interesante consultar todas las iniciativas cercanas al reconocimiento de derechos de la naturaleza en la base de datos disponible entre las que se encuentra la LPJMM (accesible en <https://www.harmonywithnatureun.org/>).

18. Borrás Pentinat, “Los derechos de la Naturaleza en Europa hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental”.

de cuyo texto es acreedora la LPJMM,¹⁹ se elaboró con el fin de lograr “que los “derechos civiles” se extendieran al mundo natural y que se reconociera el derecho de la naturaleza a existir, renovarse y mantener sus ciclos vitales”. Con esta propuesta de norma innovadora se pretendía reconocer el valor intrínseco de la naturaleza, cambiando paradigmas de protección que no se han mostrado útiles y que fomentan la destrucción del medio natural.²⁰ La propuesta de Directiva comprendía 22 artículos, distribuidos en ocho partes: la primera se centra en las disposiciones generales de la Directiva (arts. 1 a 3), incluye el objetivo de la norma, su ámbito de aplicación y las definiciones. La segunda parte (arts. 4 a 6) se centra en los derechos de la naturaleza propiamente dichos, en concreto, en los derechos sustantivos de la naturaleza, los derechos procedimentales de la naturaleza y el deber de cuidado o *duty of care*. La tercera parte (arts. 7 a 12) se refiere a la protección y garantía de los derechos de la naturaleza, abordando los delitos contra la naturaleza, la legitimación activa y los costes judiciales, la compensación y la restauración, el recurso del *amicus curiae* o representante de la naturaleza, el recurso judicial y el cumplimiento. La cuarta parte versa sobre “gobernanza ecológica” (arts. 13 a 15). La parte quinta (art. 16) se refiere al *Ombudsman* como institución de defensoría de la naturaleza. La parte sexta (art. 17) aborda el seguimiento del impacto ambiental. La parte séptima (art. 18) regula el premio de los derechos de la naturaleza. Y, finalmente, la parte octava (arts. 19 a 23) incorpora las disposiciones finales de la Directiva.

Interesa destacar, por lo que se dirá *infra*, que el art. 4.1 sobre derechos sustantivos de la naturaleza declara que “La naturaleza tendrá personalidad jurídica, se le reconocerán derechos fundamentales que surgen de su dignidad inherente como fuente de vida y esos derechos deben ser respetados, aplicados y protegidos por el derecho de la Unión y el derecho de los Estados miembros”. Nótese que se declara una personalidad jurídica global para atribuirle derechos a un ente que queda fuera del tráfico jurídico.

19. Decimos parcialmente ya que, en lugar de institucionalizar la defensoría de los derechos de la naturaleza a través del *Ombudsman* o el defensor del pueblo —que habría sido más deseable dados los intereses públicos en presencia—, la LPJMM, y sobre todo el proyecto de RD de desarrollo parcial de la misma parece decantarse por la privatización de la defensoría, que quedaría en manos de una persona jurídica de derecho privado.

20. El texto de la propuesta de Directiva se puede consultar en el enlace <https://ecojurisprudence.org/>.

Dichos derechos sustantivos, que se califican como colectivos, como lo es el derecho al medioambiente sano, se enumeran en el art. 4.2 a modo de lista abierta,²¹ y se advierte que son un requisito previo y necesario para garantizar el derecho fundamental a un entorno sano de cada persona, una suerte de *príus* sin el cual no sería posible garantizar el derecho a un ambiente sano. Cualquier conflicto entre los derechos de la naturaleza y los derechos de cualquier otra persona física o jurídica, según establece el art. 4.4 de la iniciativa ciudadana, debe resolverse de manera que se mantenga la integridad, la salud y el equilibrio de la naturaleza en su conjunto, ya que la naturaleza es el fundamento de la vida.

Como ha podido observarse, esta iniciativa enumera derechos y proclama la personalidad jurídica de la naturaleza —reiteramos— sin crear persona jurídica alguna, pues la personalidad se atribuye a la naturaleza en su conjunto. Ello contrasta, como se verá al analizar la LPJMM, con la cristalización de este borrador en España, pues en nuestro caso sí se pretende —aunque todavía no se ha hecho— crear una persona jurídica de derecho privado que opere en el tráfico jurídico privado, además de tratarse, por lo demás, de una solución discutible, que solo va a afectar a un espacio natural protegido y a la delimitación legal de su cuenca, sin perjuicio del interés del colectivo promotor y de otros colectivos en replicar dicha iniciativa en otros lugares del territorio español.²²

21. Se trata de los siguientes: “a) el derecho a la vida y a existir; b) el derecho a mantener la integridad de sus ciclos naturales y de los procesos vitales que los sostienen, y las capacidades y las condiciones para la regeneración; c) el derecho al hábitat; d) el derecho a evolucionar naturalmente y a preservar la diversidad de la vida, incluida la diferenciación y la variedad de seres que componen la naturaleza; e) el derecho a la preservación de la funcionalidad del ciclo del agua y su existencia en la cantidad y calidad necesarias para sustentar la vida; y f) el derecho a una restauración oportuna y efectiva”.

22. Así, hemos tenido noticia de una réplica de la ILP del Mar Menor, en este caso, una proposición de Ley para el reconocimiento de personalidad jurídica de Doñana y su entorno de protección, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. BOCCGG, núm. 352-I, de 12 de mayo de 2023 (XIV Legislatura), Serie B. Puede consultarse en <https://www.congreso.es/>.

1.2. El Estado ecológico de derecho y la aplicación biocéntrica y ecocéntrica del Derecho, en razón de los derechos de las generaciones presentes y de las futuras

Además del auge de la teoría de los derechos de la naturaleza, debemos dar cuenta de otra tendencia —quizá menos extravagante— que postula reconocer derechos a las generaciones futuras, que, en nuestra opinión, encuentra más raíces en la tradición jurídica europea. Para ello, siguiendo a Montoro Chiner y Jordano Fraga, se parte de la cláusula del “Estado ecológico de derecho”, cuyos postulados se formularon hace años y cuya concepción ha ido evolucionando a lo largo de los años y nos permite llevar a cabo una interpretación “ecológica” de todo el derecho.

Si Montoro Chiner, recién entrado el siglo XXI, preconizaba que el mismo será el del Estado ambiental de derecho o no será, afirmación que entroncaría hoy con la teoría de los límites planetarios formulada por la Escuela de Estocolmo,²³ para Jordano Fraga, pionero en la consideración del derecho a un medioambiente adecuado como derecho subjetivo, además de tratarse de una fórmula superadora constitucional —después del Estado de derecho y del Estado social— que integra la preocupación ambiental en la forma de Estado, no es solo una apuesta ideológica, sino que supone, sobre todo, importantes consecuencias prácticas: la juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de legalidad ambiental.²⁴ El autor sostuvo que “puede ser acertada una cierta superación del antropocentrismo; yo también lo veo así, pero no la eliminación de la perspectiva subjetiva”.²⁵ Por ello, autores como Ayllón Díaz-González afirman que la LPJMM contradice el art. 45 CE en la medida en que la STC 102/1995, de 26 de junio, considera que “El ambiente [...] es un concepto esencialmente antropocéntrico” (FJ 4).²⁶

23. Montoro i Chiner, “El estado ambiental de derecho”. Sobre la eventual recepción del modelo de límites planetarios en el ordenamiento jurídico español, puede verse Soro Mateo, “Pérdida de biodiversidad y extinción de especies a partir del modelo de los límites planetarios”.

24. Jordano Fraga, “El Derecho ambiental del siglo XXI”.

25. Jordano Fraga, “La Administración en el Estado ambiental de derecho”, 133.

26. Ayllón Díaz-González, “Sobre derechos de la naturaleza y otras prosopopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada Mar Menor”.

En relación con lo anterior, el trabajo de Parejo Alfonso de 1994 titulado “La fuerza transformadora de la ecología ¿hacia el Estado ecológico de Derecho?” contiene una serie de reflexiones todavía hoy de suma actualidad, sobre todo cuando se discute cómo consagrar de conformidad con la Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de los derechos de la naturaleza.²⁷

De acuerdo con estas posturas, el acento debe ponerse en el Estado de derecho ambiental y, en consecuencia, en el principio de legalidad ambiental, aunque para ello sea necesario reformular algunas instituciones jurídicas clásicas, de modo que se facilite la efectividad del derecho subjetivo a un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona, sin imposibilitar las legítimas aspiraciones, expectativas o derechos de las generaciones futuras.

La teoría sobre los derechos de las futuras generaciones fundamenta, a día de hoy, instituciones que operan en defensa de estos derechos a través de diversas fórmulas y se justifica a partir del principio de *Justicia intergeneracional* como un principio consagrado desde la génesis del Derecho ambiental.²⁸

En efecto, la necesidad de representación de los derechos de las futuras generaciones se fundamenta en dicho principio, y no en la Justicia ecológica, y ello tiene la ventaja de que los valores fundamentales sobre los que descansa la justicia intergeneracional están mejor asentados en el orden jurídico internacional y en el orden jurídico interno, al encontrarse enraizado en los derechos fundamentales y reflejado en la mayoría de instrumentos jurídicos internacionales e internos, sirviendo últimamente como argumento para justificar la responsabilidad de los Estados por no adoptar medidas suficientes para frenar el cambio climático.²⁹

27. Parejo Alfonso, “La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho”, 219-232. Insiste en la necesidad de transformar el valor constitucional de la protección ambiental en Parejo Alfonso, “Algunas reflexiones y sugerencias para la actualización de la Constitución”, 130-137.

28. *Vid.* Laurence, “Justifying Representation of Future Generations and Nature”, 3, 18 y 22 y ss.

29. Algunas reflexiones sobre los derechos de las futuras generaciones y la solidaridad intergeneracional pueden consultarse en Soro Mateo, “Reflexiones en torno a los derechos de las futuras generaciones”, 109-118, y Soro Mateo, “Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos”, 63; Gaillard, “L’entrée dans l’ère du droit des générations futures”, 441-454; Michelot, “Pour un principe de solidarité écologique?”, 733-750. Gaillard advierte cómo el principio de solidaridad ecológica reconocido en la Ley francesa de biodiversidad de 2016 tiene una enorme virtualidad para allanar el camino hacia la sostenibilidad en un contexto

Esta teoría sobre los derechos de las futuras generaciones, que incorpora la dimensión temporal del daño ambiental, permite evitar el riesgo de que el criticado antropocentrismo sea sustituido por el “antropomorfismo”, mediante la proyección de las características humanas sobre otros seres. Por ello, convenimos con Singer cuando sostiene que, dada la crisis ecológica global, es vital encontrar sinergias para maximizar las posibilidades de reforma, pues “las teorías éticas deben ser capaces de implementarse en el mundo real”³⁰ y, a nuestro juicio, como se tendrá ocasión de fundamentar, tal y como se ha pretendido cristalizar en el derecho español la teoría de los derechos de la naturaleza a través de la LPJMM, y transcurridos más de dos años de su vigencia, nada aporta a la efectividad del derecho ambiental.³¹

1.3. Un hito legislativo pretendidamente disruptivo en Europa: la Ley 19/2022 para el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca

El 3 de octubre de 2022 se publicaba en el BOE la LPJMM, entrando en vigor ese mismo día, de conformidad con lo dispuesto en su disposición final tercera. Se trata de un hito legislativo inédito en Europa, con fuerte apoyo ciudadano, al proceder de una iniciativa legislativa popular (ILP), y que prometía situar la protección del Mar Menor en la vanguardia del derecho comparado,

de crisis sanitaria mundial y emergencia ecológica. Justifica, pues, la solidaridad ecológica como principio jurídico con vocación universal. En lo que se refiere al fenómeno de los litigios climáticos, en todo el mundo, y recientemente en Europa y España, estos están demostrando la fuerza de los tribunales a la hora de acoger propuestas innovadoras que fundamentan y refuerzan la diligencia pública como parámetro de la responsabilidad, sin necesidad de que estos derechos de las futuras generaciones se encuentren expresamente reconocidos en las normas, más allá de la consagración de los principios de justicia y de solidaridad intergeneracional.

30. Singer, *Practical Ethics*, 2. Sobre esta cuestión, se recomienda el siguiente e interesantísimo estudio, desde la filosofía, que revisa la teoría del sujeto de derecho, en Belloso Martín, “Un intento de fundamentar derechos de los no-humanos (derechos de la naturaleza) a partir del desarrollo sostenible”, 1-46.

31. Según Lozano Cutanda, “*a priori*, en el caso de los animales o de los espacios naturales como es el caso del Mar Menor, el reconocimiento de personalidad jurídica no aporta *per se* un avance cualitativo a su protección, pues lo importante es que esta tutela jurídica, establecida por los seres humanos y a ellos dirigida, se lleve a cabo de forma eficaz, siendo indiferente en este sentido que se arbitre utilizando las técnicas jurídicas existentes o por medio del reconocimiento —ético más que jurídico— de ciertos derechos”. *Vid.* Lozano Cutanda y García de Enterría, “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica”, 8.

alineada con el movimiento que lucha por el reconocimiento de derechos a elementos “singularizados” de la naturaleza.³²

La catástrofe ambiental del Mar Menor acaecida como consecuencia de décadas de deterioro generó el caldo de cultivo idóneo para movilizar a la ciudadanía, que depositaba sus últimas esperanzas en una fórmula innovadora y sugerente que prometía solucionar la realidad de un mar agonizante. Este contexto de desconfianza en la aplicación efectiva de los instrumentos vigentes en nuestro sistema constitucional para la protección de la naturaleza alienta la creencia en nuevos paradigmas filosóficos portadores de mensajes de esperanza.

Si bien se ha conseguido poner en la agenda nacional la lamentable situación en que se encuentra la laguna del Mar Menor como consecuencia de la inaplicación del derecho ambiental y de la incapacidad política durante más de cincuenta años para prevenir el deterioro sostenido de este espacio natural, no se puede tampoco soslayar que esa inacción de las AA. PP. surge de la débil conciencia política y social que es la que, en definitiva, ha permitido durante más de medio siglo que se desarrollen las actividades que han provocado el colapso ambiental.

Sin embargo, en nuestra opinión, la personificación y el reconocimiento de derechos a la laguna y a su cuenca no implican, por sí mismas, ninguna garantía de efectividad del derecho ambiental.³³ Además, la LPJMMC mantiene algunas de las deficiencias técnico-jurídicas ya denunciadas por la doctrina desde el inicio de su tramitación como ILP,³⁴ incluida, como se analizará

32. Sobre estas cuestiones *vid.* De Prada García, “Derechos humanos y derechos de la naturaleza”, y Tassin Wallace, “Derechos de la Naturaleza (en relación con el derecho a la naturaleza)”.

33. *Vid.* Carrasco Perera, “El Antropoceno es, quién lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas”, 2: “ni el Derecho necesita personalizar objetos de derecho para protegerlos ni la personificación permitirá a aquellos objetos una gobernanza autónoma”.

34. Durante su tramitación, un análisis preliminar de su contenido nos revelaba las graves insuficiencias del texto tal y como fue propuesto para su aprobación, algunas de las cuales, por suerte, fueron parcialmente enmendadas tras su aprobación en la Comisión. Nos referimos, por ejemplo, a la delimitación de su ámbito territorial. En este sentido, debe recordarse que la Sentencia 234/2012, de 13 de diciembre de 2012, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación con la disposición adicional octava de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 1/2001, de 24 de abril, del suelo, declaró inconstitucional la misma por no incorporar un anexo cartográfico y

infra, la problemática que deriva de su carácter singular, ley de caso único, y básico *ex art.* 149.1.23.^a CE, así como de las reformas de índole procesal que introduce, señaladamente, la acción popular.

La LPJMM cuenta con una extensión de siete artículos y cuatro disposiciones (una derogatoria y tres finales), sorprendiendo la brevedad de su articulado, que contrasta con la envergadura del reto jurídico que pretende enfrentar. Esta breve e imprecisa parte dispositiva no aporta las necesarias reformas que requiere nuestro ordenamiento jurídico para avanzar en la efectiva conservación y restauración del Mar Menor y su cuenca y, en general, para la efectiva conservación y restauración del patrimonio natural y la biodiversidad.

Un análisis pormenorizado del articulado de la LPJMM fundamenta nuestra opinión crítica. La norma incurre en graves errores que implican desconocer la propia Constitución, el derecho de la UE y, en general, el ordenamiento jurídico de nuestro Estado autonómico. Estas circunstancias la abocaban —tal y como reconocimos en otro lugar,³⁵ en caso de que la ILP superara entonces, sin profundas modificaciones, su tramitación parlamentaria—³⁶ a un

pretender proceder a una nueva delimitación territorial de espacios naturales protegidos en términos que generan incertidumbre acerca de qué concretas partes del territorio autonómico son acreedoras de protección ambiental. El TC Señaló lo siguiente: “... Resulta, así, que la disposición objeto del presente recurso de inconstitucionalidad genera inseguridad jurídica sobre todos sus destinatarios, lo que supone, dado su ámbito material, generar inseguridad jurídica, en último término, sobre todos los ciudadanos en cuanto a las concretas partes del territorio autonómico acreedoras de protección ambiental, con las consecuencias de todo orden que ello conlleva, en particular en un ámbito en el que está en juego la realización de un bien constitucional como la preservación del medioambiente *ex art.* 45 CE. En el fundamento jurídico sexto de esta resolución analizamos el sentido y alcance de la declaración de una determinada zona como espacio natural protegido, tanto para los titulares de los terrenos incluidos en su ámbito, como para los titulares de los terrenos colindantes, como, en último término, para los ciudadanos en general, cuyo disfrute presente y futuro de los valores medioambientales que incorpora es uno de los objetivos de su declaración, sin perjuicio de las posibles restricciones a su uso y disfrute en garantía de su protección”.

35. Álvarez Carreño y Soro Mateo, “Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia”, 1-29.

36. Ciertamente, el procedimiento de tramitación parlamentaria, en el curso del cual se emitió el informe de los letrados de las Cortes y se presentaron y debatieron las enmiendas recibidas, debería haber enfrentado elementales cuestiones hermenéuticas que han quedado sin resolver a la luz del texto definitivo y que impiden ofrecer todas las respuestas que exigen las lagunas e incorrecciones detectadas. En este sentido, muchas de las tachas que merece la Ley podían haberse corregido de haberse tramitado como ley por el procedimiento ordinario,

eventual recurso de inconstitucionalidad e, incluso, a un posible recurso por contravención del derecho europeo. El 7 de febrero de 2023 el TC admitía a trámite el recurso de inconstitucionalidad n.º 8583-2022, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox contra la norma que nos ocupa.³⁷

Resulta desalentador, por consiguiente, que se haya obviado la doctrina más autorizada y haber mantenido prácticamente inalterada una iniciativa “bienintencionada pero nada atinada en su contenido jurídico”, en palabras de Lozano Cutanda,³⁸ que incurre en una serie de tachas de constitucionalidad y comunitariedad que pueden convertirse en un nuevo, e incluso “cómodo”, motivo de retraso de aplicación y déficit de efectividad del derecho ambiental, y en una nueva excusa para no cumplir ni hacer cumplir el Derecho ambiental que nos hemos ido dando con el impulso del Derecho europeo y la conciencia ecológica de la ciudadanía. Como ha advertido la doctrina, quizá una mayor participación en sus fases iniciales y una tramitación más pausada —pues fue tramitada por el procedimiento legislativo de urgencia y con competencia legislativa plena en Comisión— habría permitido una mayor calidad de la norma, lo que habría dificultado su eventual declaración de inconstitucionalidad. La emergencia ambiental exige actuaciones comprometidas por parte de los poderes públicos, incluido el legislador, pero, como sostiene García de Enterría Ramos, “la introducción de una técnica tan novedosa en nuestro derecho como la que se está analizando habría requerido de un análisis pausado y, a ser posible, con la comparecencia de expertos en la materia, alumbrar mejoras al texto presentado”.³⁹

pero imaginamos que algunas circunstancias concurrentes llevaron a su aprobación exprés, teniendo en cuenta que había sido apoyada por todos los partidos políticos salvo Vox.

37. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia, de 7 de febrero de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad n.º 8583-2022, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox, contra la LPJMM, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. El recurso se fundamenta, entre otras cuestiones, en la vulneración de las competencias ambientales y en la inseguridad jurídica derivada de la vaguedad de los conceptos incluidos en la norma. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el pasado 2021 se reconoció la constitucionalidad de la Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor, sobre la base de los títulos competenciales en materia ambiental (STC 112/2021, de 13 de mayo de 2021).

38. Lozano Cutanda y García de Enterría Ramos, “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica”, 8.

39. García de Enterría Ramos, “La personalidad jurídica de los entes naturales”, 17.

2. El discutible e incompleto fundamento constitucional de la Ley 19/2022: una suerte de “ley básica estatal de caso único”

En una primera aproximación al texto inicial de la ILP, ya se destacó la falta de referencia en su texto a un necesario fundamento constitucional que, como señalábamos entonces, bien pudiera ser *a priori* el art. 149.1.23^a CE, aunque ya aludíamos también al art. 149.1.6.^a CE, por lo que se refería al eventual reconocimiento de la acción popular.⁴⁰ En fase de enmiendas se incluyó una disposición final segunda que sí invocaba ya el título constitucional de la Ley referido al medioambiente (art. 149.1.23.^a CE), aunque, lamentablemente, siguió omitiendo la referencia al título competencial relativo a la legislación procesal (art. 149.1.6.^a CE). En este sentido, la Ley contiene dos preceptos que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, deberían enmarcarse en la competencia exclusiva estatal en materia de legislación procesal (149.1.6.^a CE): por una parte, el reconocimiento que hace su art. 1 de la personalidad jurídica del Mar Menor y de su cuenca, por cuanto entraña la capacidad para ser parte procesal, como, por otra, la regulación de la acción pública para exigir el cumplimiento de la Ley en vía jurisdiccional (STC 15/2021, de 28 de enero).⁴¹

2.1. ¿Es la Ley 19/2022 una norma básica estatal sobre protección del medioambiente con fundamento en el art. 149.1.23.^a CE?

La peculiar naturaleza de esta ley básica estatal consiste en restringir su ámbito de aplicación a un territorio enclavado en la comunidad autónoma de la

40. En relación con la acción popular, y aunque se volverá sobre esta cuestión *infra*, puede adelantarse que podría haber sido positivo aprovechar la ocasión que brindaba el proceso parlamentario para introducir algunas reformas normativas necesarias, reclamadas a voces por la doctrina jurídica, como es la generalización de la acción popular en la LPNB y, entre otras, la reforma de la LJCA para contemplar pretensiones de condena a la Administración, que permitan corregir la falta de efectividad del derecho ambiental, cuyas causas han sido ampliamente estudiadas por la doctrina, que ha ofrecido diversas propuestas *de lege ferenda* en este sentido. Entre otros, Jordano Fraga, “El contencioso ambiental”, 265-298, y *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*, 413-499; Peñalver i Cabré, “Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos”, 109-154.

41. Lozano Cutanda y García de Enterría Ramos, “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica”, 9-12.

Región de Murcia: el Mar Menor y su cuenca. A diferencia de otros supuestos que han merecido el beneplácito del TC, en los que la competencia estatal de protección ambiental de un espacio natural se justifica en el interés supracomunitario de dicho espacio, como sucede particularmente en la declaración a través de Ley estatal de parques nacionales —habilitando, así, al Estado para llevar a cabo actuaciones de gestión del medioambiente—,⁴² en este caso, parece que la justificación de dicha norma estatal básica “singular” se encuentra bien en la insuficiencia del derecho ambiental (estatal básico y autonómico de desarrollo y adicional) aplicable a ese concreto espacio, o bien en la incapacidad de la Administración con competencias en gestión ambiental para la aplicación del derecho ambiental vigente.

Conforme a la primera hipótesis —norma estatal básica singular o de caso único (con un limitado alcance territorial)—, habría que analizar, de conformidad con la doctrina del TC,⁴³ la constitucionalidad de esta Ley básica estatal de caso único que establece unas normas adicionales de protección en un concreto territorio, más allá de la normativa estatal básica sobre protección del medioambiente común en vigor, la cual solo gozaría de esta condición básica para este concreto espacio natural y su cuenca. En efecto, nos encontramos ante una norma básica que limita territorialmente su aplicación al Mar Menor y su cuenca, una modalidad inédita de norma básica que no es común en todo el territorio nacional y que establece normas adicionales de protección que, en principio, según el bloque de la constitucionalidad, corresponde establecerlas a la comunidad autónoma de la Región de Murcia (CARM), lo cual implica que el espacio normativo autonómico, en relación con este concreto espacio natural y su delimitada cuenca, es más estrecho que el que ostentan las demás CC. AA. respecto de los espacios naturales sitios en su territorio y la CARM en el caso de otros EENNPP sitios en el territorio de esa misma comunidad autónoma.⁴⁴

Puede afirmarse, a partir de la jurisprudencia constitucional, que la diversidad regulatoria para los espacios naturales —como es el caso del Mar Menor—, o, lo que es lo mismo, las normas adicionales de protección del medioambiente,

42. *Vid.* art. 8.1. de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de parques nacionales.

43. SSTC 170/1989, 141/1993, 102/1995, 61/1997, 84/2015, 56/2014, 141/2014, 236/2015, 18/2018, 106/2019 y 68/2021, entre otras.

44. Belda Pérez-Pedrero, “El uso del concepto “territorio” en la constitución y en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, 242.

en el caso de que se contuvieran en la LPJMM, deben proceder del ejercicio de las competencias normativas de las CC. AA. y no del Estado, para no contravenir el bloque de la constitucionalidad.

Por lo que se refiere a la segunda hipótesis enunciada, la Ley podría ser vista como una suerte de aplicación excepcional del art. 155 CE, en la medida en que la LPJMM estaría entrando en el ámbito de lo que conocemos como ejecución, y ello vendría justificado en la necesidad de garantizar la protección de un espacio natural y de facilitar a los ciudadanos las vías de acceso al control de la inaplicación del derecho ambiental en dicho concreto espacio natural ante su puesta en peligro por la inacción de la Administración autonómica ante reiterados incumplimientos.

En consecuencia, está por ver si, en una eventual decisión del máximo intérprete de la Constitución, la futura norma supera el canon de constitucionalidad por lo que se refiere al cabal entendimiento de lo que debe entenderse por normativa básica estatal en materia de protección del medioambiente. También se presentan incógnitas sobre si la competencia normativa de desarrollo autonómica, que constitucional y estatutariamente corresponde a la CARM, puede colisionar con un posible desarrollo básico de esta Ley por parte del ejecutivo estatal.

En relación con ello, para Lozano Cutanda, nos encontramos, en realidad, ante la creación de un espacio natural protegido a través de una Ley estatal, que se superpone a todas las figuras preexistentes en el territorio afectado, y cuyo régimen jurídico apenas esboza la Ley,⁴⁵ lo cual debería ser tenido como una invasión competencial.⁴⁶ Debemos añadir, por lo que se refiere a la gestión

45. *Vid.* Lozano Cutanda y García de Enterría Ramos. “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica”, 8. En su opinión, así lo confirma la doctrina del Tribunal Constitucional que, desde sus más tempranas sentencias, aclaró que la legislación sobre espacios naturales se caracteriza por dotar de una “protección que se considera de carácter excepcional” y que “se basa en la idea de conservación de la naturaleza en determinados espacios por medio de una lista de prohibiciones o limitaciones de tipo general” (STC 64/1982, de 4 de noviembre). A la luz de esta caracterización jurídica es como ha de valorarse la constitucionalidad de la norma.

46. En este sentido, Lozano Cutanda ha concluido que el Estado carece de competencia constitucional para la declaración y la gestión del “espacio protegido de la personificación jurídica del Mar Menor y su cuenca” que crea la Ley 19/2022 porque la cuenca se sitúa en el territorio de la comunidad autónoma de la Región de Murcia y la laguna marina mantiene una continuidad ecológica con el espacio natural terrestre. La ley vulnera, por consiguiente, el artículo

ex art. 148.1.9.³ CE, que una cosa es que el Estado declare *ex lege* un espacio al que apareja un régimen jurídico *ad hoc*, que podría ser tenido como gestión ambiental, y su discusión sobre si se trata de una extensión excepcional de lo básico, y otra cosa es que la gestión de dicho espacio, una vez declarado, se realice por la comunidad autónoma, lo cual, por ahora, no se discute en el caso del Mar Menor.⁴⁷

Por otro lado, tanto si se ha procedido a crear un nuevo espacio natural —que abarca el paisaje protegido ya existente, y lo que se delimita como cuenca—, como si se ha establecido un régimen jurídico básico *ad hoc*, debería aclararse si, atendiendo al art. 83 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia,⁴⁸ el espacio delimitado por la LPJMM debe constituir o no —parece que sí— suelo no urbanizable de protección específica a efectos urbanísticos, pues el derecho a existir y a evolucionar naturalmente de conformidad con la Ley ecológica que lo rige, así como el derecho a la protección, implica, según la controvertida norma, “limitar, detener y no autorizar aquellas actividades que supongan un riesgo o perjuicio para el ecosistema” (art. 2.2.b LPJMM).

149.1.23 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la distribución de competencias en materia de espacios naturales protegidos.

47. Sobre este extremo, interesa destacar la Sentencia 97/2002, de 25 de abril, que confirmó la necesidad de transferir a las comunidades autónomas la gestión de las salinas de Ibiza, las islas Freus y las salinas de Formentera, y la STC 195/1998, de 20 de octubre, la de las marismas de Santoña. Finalmente, la STC 38/2002, de 14 de febrero, que resolvió los conflictos de competencia positivos acumulados en relación con el Parque Natural y la Reserva Marina del Cabo de Gata-Níjar, afirmó que el ejercicio de la competencia autonómica sobre espacios naturales en el mar territorial es excepcional y solo se encuentra justificado cuando las propias circunstancias o características del espacio natural demandan una gestión unitaria, porque el mar territorial no forma parte del territorio de las comunidades autónomas y la competencia de protección de espacios naturales no lleva implícita, con carácter general, su proyección sobre el mar (FJ 7). Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en las SSTC 69/2013, 87/2013 y 138/2013, que se pronuncian sobre diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad.

48. Establece el referido art. 83.1. a) de dicha norma autonómica que el suelo no urbanizable es “Aquel que debe preservarse del proceso urbanizador, por estar sujeto a algún régimen específico de protección incompatible con su transformación urbanística, de conformidad con los instrumentos de ordenación territorial, de ordenación de recursos naturales y la legislación sectorial específica, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, para la prevención de riesgos naturales o tecnológicos acreditados, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público”.

2.2. El alcance del silenciado fundamento constitucional del art. 149.1.6.^a CE

La LPJMM incorpora en su art. 6 una verdadera acción pública que legitima a cualquier persona física o jurídica para actuar tanto en vía administrativa como en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y contencioso-administrativo. Dicho precepto establece expresamente que “Cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor, y puede hacer valer los derechos y las prohibiciones de esta Ley y las disposiciones que la desarrollen a través de una acción presentada en el tribunal correspondiente o Administración pública”.

La acción en defensa del medioambiente ha tenido un carácter muy limitado en el derecho español. La Ley 27/2006, de 18 de julio, la reconoce a las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Por su parte, el art. 19.1.h de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) la reconoce en los casos expresamente previstos en las leyes, lo cual ha tenido lugar en el ámbito del urbanismo —art. 5.f) del Texto Refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana (TRLRU)—, la costa —art. 109 de la Ley de costas (LC)— y el patrimonio histórico (art. 8.2 de la Ley de patrimonio histórico español (LPHE)—. Un sucedáneo de esta legitimación popular lo encontramos en la Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL), al reconocer su art. 19.3 a cualquier vecino el ejercicio de acciones en nombre e interés de las entidades locales (EELL) —art. 68 LBRL—.

Como consecuencia de lo anterior, si bien la consagración de la acción popular por la Ley 19/2022 supone un gran avance, puede afirmarse, sin embargo, que no hay razón para que el legislador básico no haya optado por una consagración generalizada de dicha acción como garantía de participación ciudadana contra la inacción de los poderes públicos frente a los riesgos y los daños ambientales a través de la modificación de la Ley del patrimonio natural y de la biodiversidad (LPNB), reforma que habría dotado a la ciudadanía de un instrumento verdaderamente poderoso para lograr la efectiva protección y conservación de la biodiversidad amenazada y para el restablecimiento de la legalidad ambiental, esto es, para la defensa del interés colectivo ambiental. Recuérdese que el art. 109 LC ya reconoció la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.

En estos casos, además, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador ya finalizado o en trámite, se establece que la Administración abonará a los particulares denunciadores los gastos justificados en que hubieran incurrido. También algunas propuestas que hemos hecho en sede procesal en relación con la ampliación de pretensiones pueden ser traídas a colación aquí.⁴⁹

Otro límite que se deriva de la formulación de esta acción popular tiene que ver con la vaga formulación de los denominados “derechos y las prohibiciones de esta ley y las disposiciones que la desarrollen”, que no comprenden las obligaciones que derivan del ordenamiento jurídico preexistente. Además, como veremos a continuación, la LPJMM lleva a cabo un reconocimiento de los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración, a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños, cuya formulación resulta demasiado genérica y poco —o, más bien, nada— añade, sino que incluso contraviene, por lo que se refiere a los obligados a restaurar, la LC, el Texto Refundido de la Ley de aguas (TRLA), la LPNB y la Ley de responsabilidad medioambiental (LRMA). En cuanto al derecho al mantenimiento, habrá que ver cuál es el contenido y el alcance de este pretendido derecho, pues una radical interpretación del mismo pugnaría con el pretendido derecho a la restauración, que próximamente es posible que sea profundamente afectado por la regulación europea.⁵⁰

Algún apunte más de índole procesal puede hacerse sobre esta novedosa Ley de caso único. Si bien la acción pública se reconoce con carácter general en el ámbito penal y de forma excepcional en la LJCA, sin embargo, no tiene reconocimiento alguno en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). No se trata de una cuestión menor, en la medida que es un hecho que el Mar Menor puede sufrir agresiones de mano de particulares. En este caso, se plantea la duda de si un actor popular puede llegar a hacer ejercicio de acciones civiles. Pues bien, debe recordarse que la Ley 27/2006, de 18 de julio, de acceso a la justicia ambiental, se separa en este punto del Convenio de Aarhus donde encuentra su razón de ser. Y es que, mientras que en el Convenio se extiende la acción pública también a los actos u omisiones de los particulares, nuestra ley nacional restringe su objeto a los actos u omisiones de las autoridades

49. Soro Mateo, “Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos”, 57-140.

50. *Vid.* Proyecto de Reglamento UE de restauración de la naturaleza COM (2022), 304-final.

públicas. Esta restricción no es gratuita. Ello se debe a que, como explica Rego Blanco, “los derechos subjetivos sobre bienes jurídicos tales como el medioambiente, ya natural ya urbano, o la cultura, solo son tutelables, en cuanto tales (o si se prefiere, en sí mismos considerados), ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se configuran por el ordenamiento jurídico, por tanto, como derechos estrictamente público-subjetivos, ejercitables ante las Administraciones públicas y susceptibles de amparo en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa (así, como penal, en otro orden de cosas)”.⁵¹ No obstante, la problemática procesal que suscita la LPJMM es inmensa, y abarca muchos más aspectos como la legitimación, las costas,⁵² los gastos, la competencia como presupuesto procesal, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y el alcance de cosa juzgada, entre otros. Como ya se ha puesto de manifiesto, el traslado casi mimético de una iniciativa del tercer sector ambiental formulada en 2017 a escala internacional, sin un profundo estudio para su adaptación al ordenamiento en el que la Ley se inserta —en este caso, el derecho procesal español—, dificulta la interpretación que haya de darse de cada uno de los problemas que pueden darse en su aplicación práctica.

Como destaca García-Rostán Calvín, la LEC no ha sido reformada para ser adaptada a esta nueva realidad jurídica,⁵³ como habría sido deseable. Esta autora analiza los importantes interrogantes que suscita la LPJMM desde el derecho procesal. Por ejemplo, y por lo que se refiere a la capacidad para ser parte, esta la tienen las personas físicas y jurídicas entre otras (art. 6 LEC), luego si se creara una persona jurídica —que, a día de hoy, parece que no se ha creado—, podríamos contestar afirmativamente.⁵⁴ Ahora bien, si no planteara problemas que la persona jurídica Mar Menor actuara como demandante,

51. Rego Blanco, *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial, en el Urbanístico*, 333.

52. Así, por ejemplo, en relación con las costas del proceso, *vid.* las advertencias de Cordón Moreno, “Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho”, 6-7.

Sobre esta cuestión, *vid.* igualmente las reflexiones de Pérez de los Cobos Hernández, “La acción popular como instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva del Mar Menor y su cuenca”.

53. García-Rostán Calvín, “Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor en la jurisdicción civil”, 326.

54. *Vid.* Macanás, “Bases para la personalidad jurídica de los entes no humanos”, 29-31.

debería ser posible también que eventualmente pudiera ser demandada, ello si no queremos contradecir el art. 6 LEC.⁵⁵

Por su parte, para Cerdón Moreno esta legitimación se reconoce con carácter directo como alternativa a la acción ejercitada por el propio ecosistema a través de sus representantes. En ningún momento habla la Ley de que tenga carácter subsidiario, como sí lo hace en otros supuestos de legitimación por sustitución, concluyendo que la tutela de los derechos que se reconocen en este concreto ámbito incide en el interés general, faltando, no obstante, en la Ley el paso definitivo para lograr la generalidad en la admisión de una tutela de carácter objetivo, con el reconocimiento de legitimación al Ministerio Fiscal —e, incluso, al Defensor del Pueblo— como órgano público encargado de la defensa de la legalidad, tal y como ocurre, por ejemplo, en el ámbito del recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales, en el que el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, “pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos” (STC 86/1985, de 10 de julio).⁵⁶ Nosotros ya habíamos propuesto, en este sentido, bien la ampliación de la legitimación del Ministerio Fiscal o bien del Defensor del Pueblo o sus homólogos autonómicos.

En este sentido, la ya mencionada *supra* Carta de los Derechos de la naturaleza que forma parte del estudio *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, en 2019, cuyo texto ha sido parcialmente trasladado a la LPJMM, se separa precisamente en este punto de la cuestión que tratamos, al establecer, tal y como propone Cerdón Moreno, con el que convenimos, en su art. 16, lo siguiente:

1. Los Estados miembros designarán un Defensor del Pueblo para los derechos de la naturaleza o ampliarán la función de un Defensor del Pueblo existente.
2. La tarea del Defensor del Pueblo será recibir e investigar quejas sobre violaciones de los derechos de la naturaleza.

55. *Vid.* art. 6 LEC para la determinación de los sujetos que tienen capacidad para ser parte en los procesos civiles.

56. Cerdón Moreno, “Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho”, 6-7.

3. El Defensor del Pueblo elaborará informes anuales y podrá hacer recomendaciones que puedan abarcar cualquier aspecto de la naturaleza o de la relación entre el ser humano, la sociedad y la naturaleza.
4. Los Estados miembros establecerán las modalidades de aplicación del presente artículo en consulta con la Comisión Europea.

Finalmente, considerando la cuestión competencial, y centrándonos en la positivación de una acción popular, no cabe duda de que la norma debería haber invocado el art. 149.1.6.^ª CE como uno de sus fundamentos constitucionales. Como es sabido, el TC ha dejado claro, en su STC 15/2021, de 28 de enero, que la acción “pública” o “popular” en vía judicial reconocida a cualquier ciudadano sin legitimación especial, como especialidad frente a la regla general de legitimación basada en un derecho o interés legítimo del art. 19.1 a) LJCA, forma parte de la competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.6.^ª CE, y precisamente ese ha sido el fundamento que ha impedido a las normas ambientales de las CC. AA. positivar, como norma adicional de protección del medioambiente *ex* art. 149.1.23.^ª CE, la acción popular para cubrir el limitado alcance de esta en materia ambiental, más allá de la que se deriva de la legislación de costas y de suelo.⁵⁷ Señala la reciente STC 15/2021, de 28 de enero de 2021, que:

De forma reiterada, este tribunal ha incardinado las reglas sobre legitimación procesal dentro de la legislación procesal de cuya distribución competencial se ocupa el art. 149.1. 6 CE. Así lo hizo tempranamente en las SSTC 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; y 123/1988, de 23 de junio, FJ 2, ambas referidas a preceptos autonómicos que facultaban a ejercer la acción judicial en defensa de la normativa lingüística de la respectiva comunidad autónoma.

A la misma conclusión llegó la STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 7, respecto de la acción pública judicial sobre las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística y sobre las decisiones resultantes de los procedimientos de

57. Lozano Cutanda ha señalado que reconocer la acción pública para hacer valer los derechos a existir y a evolucionar naturalmente es de una vaguedad absoluta, al igual que lo es el “derecho a la protección” o a la “conservación”, por lo que vulnera frontalmente el principio de seguridad jurídica. Advierte que “No hay ninguna concreción de cuáles son las conductas que pueden infringir el derecho de la laguna a “existir y evolucionar naturalmente”, con lo que la decisión queda al albur de los tribunales que habrán de determinar, en cada caso y a instancia de cualquier persona, si determinada actividad o proyecto permite o no “asegurar el equilibrio y la capacidad de regulación del ecosistema ante el desequilibrio provocado por las presiones antrópicas procedentes mayoritariamente de la cuenca vertiente” (Lozano Cutanda y García de Enterría Ramos, “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica”, 8).

evaluación ambiental de los instrumentos correspondientes, afirmando que se inserta “con toda claridad”, en el ámbito de la legislación procesal.

Más recientemente, las SSTC 80/2018, de 5 de julio, FJ 5 a), y 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 6 (esta última citada por el auto de planteamiento), han reiterado dicho encuadramiento respecto de la acción pública en materia de vivienda, en concreto, la prevista en la Ley de las Cortes Valencianas 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana (art. 6.1) y en la Ley del Parlamento Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda (art. 6.1).

Según constante doctrina constitucional, la legislación procesal es una “competencia general” del Estado [SSTC 80/2018, de 5 de julio, FJ 5 a); 13/2019, de 31 de enero, FJ 2 b), y 65/2020, de 18 de junio, FJ 16 B)] que responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2, y 173/1998, de 23 de julio, FJ 16 c)]; y una competencia autonómica “de orden limitado” circunscrita a “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas” [STC 80/2018, FJ 5 a)]. De lo anterior se colige que la regla del art. 149.1. 6 CE ha de prevalecer sobre las reglas competenciales sectoriales, en particular, la del art. 149.1. 23 CE sobre medioambiente. Lo contrario supondría vaciar de contenido la competencia sobre “legislación procesal”, como observa la fiscal general del Estado.

En suma, la acción que regula el último inciso del art. 3. 4 de la Ley general de protección del medioambiente del País Vasco tiene su encaje preferente en “legislación procesal” y no en el art. 149.1. 23 CE, por lo que su constitucionalidad habrá de examinarse a la luz del canon previsto en el art. 149.1.6 CE.

Como consecuencia de esta doctrina, es cierto que las CC. AA. no pueden introducir la acción popular como una norma adicional de protección, por lo que el problema que plantea el art. 6 LPJMM no es el que se aprecia en la parcialmente transcrita STC, sino el no conferir esta “nueva oportunidad” a los ciudadanos en relación con el resto de espacios naturales del Estado español, vulnerando —tendrá que determinarlo el TC— el art. 149.1.1.ª CE.

3. Análisis constitucional de la Ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica

3.1. La vaguedad de la disposición derogatoria de la LPJMM

Además de las cuestiones competenciales que hemos visto que suscita la Ley 19/2022, no son menos importantes las imprecisiones que contiene esta nor-

ma, que desde el inicio de la iniciativa legislativa han ido poniéndose de manifiesto por la doctrina, lo cual supone una merma de la seguridad jurídica que merecería un juicio de inconstitucionalidad.

En efecto, comenzando por el final de la norma, y a pesar de las tempranas advertencias que la doctrina formuló respecto de la vaguedad de la disposición derogatoria que contemplaba la —en aquellos momentos— ILP, la disposición derogatoria de la LPJMM sigue manteniendo que “todas las disposiciones contrarias a las disposiciones recogidas en esta Ley” quedan derogadas. Ya recordamos en otro lugar que esta genérica formulación impide considerar las necesarias interrelaciones que su aprobación como norma básica sobre protección del medioambiente genera con la LPNB, el TRLA, la LC, la LRMA, la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ), la LJCA o, entre otras, el propio Código Civil.⁵⁸

La LPJMM guarda silencio sobre su modo de integración en el ordenamiento jurídico preexistente, cuestión que tampoco parece resolver el proyecto de Real Decreto de desarrollo de la misma, que tras superar el trámite de audiencia e información pública ha sido recientemente dictaminado por el Consejo de Estado.⁵⁹ Este silencio genera lógicos interrogantes, especialmente en relación con la LPNB y con la LRMA y, consecuentemente, con el Derecho comunitario que estas normas estatales transponen, además de con la Ley regional 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor.⁶⁰ Con ello, se contravienen las directrices de técnica normativa, conforme a las cuales deben evitarse “cláusulas genéricas de derogación del derecho vigente que en ningún caso pueden sustituir a la propia enunciación de las normas derogadas” (Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio del 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa).⁶¹

58. Soro Mateo y Álvarez Carreño, “El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental”, 151-187.

59. El texto de la propuesta de Reglamento se puede consultar en <https://www.miteco.gob.es/>.

60. Por ejemplo, como consecuencia de la duplicación de órganos con unas parcialmente coincidentes facultades-competencias, sin concretar cómo se relacionan entre sí (por ejemplo, el Consejo del Mar Menor, el Comité de Asesoramiento Científico del Mar Menor y la Comisión Interdepartamental del Mar Menor).

61. Resolución, de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Direc-

3.2. La parcialmente corregida falta de delimitación territorial que la abocaba a su inconstitucionalidad por vulnerar el principio de seguridad jurídica

Aunque en su tramitación se corrigió la falta de delimitación territorial del ámbito de aplicación de la LPJMM, que la abocaba a una declaración de inconstitucionalidad,⁶² debemos detenernos en la evolución que ha sufrido este relevante aspecto relativo al ámbito de aplicación de esta norma.

En su versión inicial, como ILP, se echaba de menos que la parte dispositiva de la norma de caso único propuesta dedicara algún precepto a delimitar, preferiblemente en un anexo con la descripción incluso cartográfica del espacio al que se pretendía personificar, el ámbito territorial de aplicación de la misma. Y es que se aludía al Mar Menor y a su cuenca, pero el texto no iba acompañado de cartografía *ad hoc* o, en su defecto, de alguna remisión, por ejemplo, al ámbito territorial del paisaje protegido, de la zona de especial conservación (ZEC) o de su plan de gestión. En este orden de cosas, eran muchas las opciones disponibles, como la ampliación del perímetro de protección del espacio y del ámbito de aplicación del plan de gestión, e incluso, como hemos apuntado, podría haberse optado por declarar un área marina protegida que comprendiera tierra y mar, donde poder hacer realidad una gobernanza de áreas marinas en consonancia con la Estrategia de áreas marinas protegidas.⁶³ Todas estas iniciativas deberían, en su caso, haber provenido de la comunidad autónoma, tratándose de gestión ambiental *ex art. 149.1.9.ª* CE, mas a la vista está que no fueron tenidas en cuenta, sino que, como resultado de la enmienda n.º 6 referida al art. 1 de la ILP⁶⁴, se añadió lo siguiente:

2. A los efectos de la presente Ley, se entenderá que la cuenca del Mar Menor está integrada por:

La unidad biogeográfica constituida por un gran plano inclinado de 1.600 km² con dirección noroeste-sureste, limitado al norte y noroeste por las últimas

trices de técnica normativa. BOE n.º 180, de 29 de julio de 2005, páginas 26.878 a 26.890 (13 págs.), disponible en <https://www.boe.es/>.

62. STC 234/2012, de 13 de diciembre.

63. En la línea de la propuesta de gobernanza de áreas marinas protegidas desarrollada en el marco del Proyecto LIFE INTERMARES (accesible en <https://intemares.es/>).

64. Presentada por Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

estribaciones orientales de las Cordilleras Béticas constituidas por las sierras prelitorales (Carrascoy, Cabezos del Pericón y Sierra de los Victorias, El Puerto, Los Villares, Columbares y Escalona), y al sur y suroeste por sierras litorales (El Algarrobo, la sierra de La Muela, Pelayo, Gorda, la sierra de La Fausilla y la sierra Minera de Cartagena-La Unión, con sus últimas estribaciones en el cabo de Palos), e incluyendo la cuenca hídrica y sus redes de drenaje (ramblas, cauces, humedales, criptohumedales, etc.).

El conjunto de los acuíferos (Cuaternario, Plioceno, Messiniense y Tortoniense) que pueden afectar a la estabilidad ecológica de la laguna costera, incluyendo la intrusión de agua marina mediterránea.

3.3. De nuevo una contravención de la seguridad jurídica como consecuencia del carácter declarativo de la personalidad jurídica. La Ley no crea persona jurídica alguna y el proyectado e impreciso real decreto tampoco puede colmar dicha laguna

La LPJMM se inauguró con una elocuente declaración de personalidad jurídica de la masa de agua y de su cuenca hidrológica, que en el ámbito literario podríamos calificar de personificación antropomórfica como recurso que facilita la identificación sentimental del lector con la persona “Mar Menor y su cuenca”. También podría contemplarse como una metáfora que permite justificar desde el punto de vista filosófico los derechos de la naturaleza como correlativos a los deberes, las obligaciones y las prohibiciones que el ordenamiento jurídico positivo establece y de cuyo cumplimiento deben velar todos los poderes públicos y la propia ciudadanía, a través de los instrumentos jurídicos que el derecho contempla.

Sin desconocer los interesantes debates sobre la extensión de la personalidad jurídica,⁶⁵ interesa destacar ahora, en relación con el contenido de este art. 1 LPJMM, que cuando se declara la personalidad jurídica de un ente se debe precisar qué tipo de persona jurídica se está configurando, y en concreto determinar si se trata de una persona jurídica de derecho privado o si se trata de una persona jurídica de derecho público, y, a la vez, en este último caso, determinar a qué Administración territorial se adscribe (estatal, autonómica

65. Sobre esta cuestión, *vid.* Belloso Martín, “Un intento de fundamentar derechos de los no-humanos (derechos de la naturaleza) a partir del desarrollo sostenible”, 13.

o local), de conformidad con el diseño organizativo constitucionalizado. Se trata de una exigencia elemental para garantizar la seguridad jurídica.

En la hipótesis de que lo que se pretendiera —pues la Ley guarda silencio, pero parece una opción descartada por ahora— fuera crear una persona jurídica de derecho público, existe una variada tipología de personas jurídicas institucionales y corporativas de derecho público a las que podría haberse referido la Ley.

En cambio, si lo que se pretendía, más allá del reconocimiento en abstracto de la personalidad jurídica de la naturaleza, era crear una persona jurídica de derecho privado, así debería haberse efectuado por la propia LPJMM. Como es sabido, las personas jurídicas de derecho privado constituyen una ficción que permite atribuirles derechos y obligaciones. Además, pueden ser parte en procedimientos administrativos y procesos judiciales e, incluso, incurrir en responsabilidad civil, administrativa y penal.

De lo anterior surgen algunas incógnitas. Por ejemplo, como eventual entidad de derecho privado, no se alcanza a atisbar cuál sería la relación jurídica entre esta persona jurídica y el Mar Menor, en la medida en que se trata a todas luces de un bien de dominio público *ex art. 132 CE*. Dicha relación jurídica habría de compatibilizarse y respetar las potestades estatales derivadas de su consideración como bien de naturaleza demanial y las autonómicas derivadas de su naturaleza como bien ambiental objeto de protección.⁶⁶

Pues bien, por elementales exigencias de seguridad jurídica, la LPJMM, para identificar a la persona jurídica “Mar Menor y su cuenca”, debería haber elegido uno de los tipos de personas jurídicas preexistentes o, por el contrario, haber procedido a regular una nueva persona jurídico-pública como un tipo

66. El Mar Menor constituye un elemento perteneciente al medioambiente natural, comprendido en el ámbito de aplicación del 45 CE, que reconoce el derecho de todos a un medioambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad y el deber de conservarlo, y de los arts. 149.1.23.^a y 148.1.9.^a CE. Representa también un espacio natural protegido con la categoría de paisaje protegido, al que resulta de aplicación la LPNB. Asimismo, es una ZEC, por lo que le resulta de aplicación su plan de gestión y la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DH), además de toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en aplicación e interpretación de la misma, normativa y jurisprudencia de la que se derivan obligaciones y responsabilidades que siguen vigentes.

organizativo de nueva planta, tal y como advertimos al analizar el texto de la ILP⁶⁷ ya en 2022, tesis confirmada ahora por el Dictamen del Consejo de Estado emitido en el procedimiento de elaboración del Real Decreto de desarrollo parcial de la LPJMM, aún no publicado oficialmente.

En relación con la laguna de regulación referida, puede adjuntarse, además, el impreciso contenido organizativo de la LPJMM, que, como se verá, trata de corregir el texto del proyecto del Reglamento para su desarrollo parcial.

El art. 3 LPJMM prescinde absolutamente de la referencia a los órganos administrativos que ya existen, derivados de la normativa vigente y de las propuestas de reforma normativa que podrían sostenerse para avanzar en la gobernanza de las áreas marinas protegidas,⁶⁸ en esa necesidad de encontrar una representación de la pretendida capacidad vs. personalidad del Mar Menor y su cuenca. Crea tres “figuras” —pues no puede decirse que sean órganos administrativos— que obviamente van a coexistir en el mismo espacio con todos los órganos administrativos, comités y comisiones que sobre el Mar Menor han proliferado en los últimos años, creados por la normativa regional dictada sobre la base de la competencia autonómica para el establecimiento de normas adicionales de protección del Mar Menor.⁶⁹

Se trata, en primer lugar, de la futura *Tutoría y representación legal de la Laguna*, que se ha de ejercer a través de un representante de las Administraciones públicas que intervienen en este ámbito y un representante de los ciudadanos de los municipios ribereños. En segundo lugar, la *Comisión de seguimiento* (los guardianes o guardianas de la laguna del Mar Menor). Y, en tercer lugar, el *Comité Científico*, que asistirá a la Tutoría y a la Comisión de seguimiento, del que formará parte una representación independiente de científicos y expertos

67. Álvarez Carreño y Soro Mateo, “El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental”, 167.

68. Vid. Esparza Alaminos et al., *Estrategia de Gobernanza para la Red Natura 2000 marina de España*.

69. Piénsese, por ejemplo, en el recién creada Comisión Interadministrativa del Mar Menor, el principal órgano de cooperación institucional recogido en la Ley de recuperación y protección del Mar Menor 3/2020. Se trata de un órgano de coordinación y cooperación institucional de las políticas y actuaciones públicas que afecten al Mar Menor, de conformidad con lo prevenido en el art. 5 de la referida Ley. Sus fines son mejorar e impulsar la coordinación y la cooperación institucional de las políticas y actuaciones públicas que afecten al Mar Menor entre las distintas administraciones implicadas en su protección y recuperación.

de las universidades y centros de investigación, tanto a escala regional como nacional e internacional. Debemos destacar que la LPJMM no atribuye competencias a las figuras que crea, pues las tres, sin distinción, se encargarán, de la representación y la “gobernanza” de la laguna y de su cuenca, lo cual a todas luces introduce una gran confusión al no definirse de forma precisa y excluyente las competencias de cada una de ellas.

Respecto a la primera figura propuesta, señalábamos la *Tutoría* sobre la “antropologizada” laguna, que, si se trataba de un órgano administrativo, habría que precisar cuál sería su adscripción (estatal, autonómica o local). Por otro lado, al no atribuírsele competencias ni facultades, no resulta posible determinar si estas se solapaban con otras reconocidas a órganos preexistentes. No obstante, imaginábamos que se trataba más bien de establecer un representante legal de la “persona jurídica” que pretende crear la Ley y no crea. En cuanto a su composición, el precepto resultaba impreciso y parecía establecer una composición mixta (público-privada), estando integrado por un representante de las AAPP “que intervienen en este ámbito”, que parece que quiere decir “con competencias concurrentes sobre la laguna”, el cual no se establece cómo se elige (¿sería un tutor estatal, autonómico o local?). Lo mismo cabía decir de la ciudadanía que reside en los municipios ribereños: ¿cómo se elige?, ¿cómo se garantiza una verdadera participación si no se establece democráticamente su elección ni la duración de su mandato? Son carencias importantes que casan mal con el carácter de Estado democrático que garantiza nuestra CE.

Planteábamos también que si lo que se buscaba era crear un ente público de gestión participativa (¿o, acaso, un ente corporativo de base privada, pero con atribución legal del ejercicio de potestades administrativas?), este encajaría en el art. 21.3 de la Ley del régimen jurídico del sector público (LRJSP),⁷⁰ así como un órgano de gestión integrado en el caso de tratarse de una área marina protegida (AMP). Se ha de tener presente que estos órganos colegiados pueden tener competencias decisoras y pueden participar en la elaboración

70. Dispone el precepto que “En la composición de los órganos colegiados podrán participar, cuando así se determine, organizaciones representativas de intereses sociales, así como otros miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurren en ellos, en atención a la naturaleza de las funciones asignadas a tales órganos”. En el ámbito autonómico, las leyes autonómicas de régimen jurídico y organización contemplan lo anterior en similares términos.

del Plan de Gestión del espacio —ya aprobado—⁷¹ y en sus revisiones, pero deberán elevar la propuesta de plan a un órgano con competencia normativa, es decir, que tenga atribuida expresamente la potestad reglamentaria, que será el competente para aprobarlo.

Con relación a la *Comisión de seguimiento* —los guardianes o las guardianas de la laguna del Mar Menor, y creemos que, también, de su cuenca—, también desconocíamos cuál sería su naturaleza, composición, competencias y formas de elección de sus miembros, así como la duración de sus mandatos.

Finalmente, en tercer lugar, se contemplaba el Comité Científico, que asistirá a la Tutoría y a la Comisión, del cual formará parte una comisión independiente de científicos y expertos, las universidades y los centros de investigación, a escala regional, nacional e internacional. Parece que algo había quedado en el tintero en la versión inicial, pues si la Comisión independiente forma parte del Comité, entendemos que no se identifica con él, y, en consecuencia, habrá otros miembros del comité (no expertos independientes), a los que no se refiere el precepto, que no sabemos qué requisitos deberán cumplir ni cómo serán elegidos. Tampoco se precisaba el número de miembros de este Comité, ni la competencia para su elección, ni quién elegiría a las universidades y los centros de investigación que lo conformarían, entre otros extremos omitidos, por lo que, de nuevo, se trataba de una disposición vaga en su contenido e impropia de un Estado de derecho. En el texto definitivamente aprobado (art. 3.4 LPJMM) ya se precisa, sin mayor justificación, que:

El Comité Científico estará formado por científicos y expertos independientes especializados en el estudio del Mar Menor, propuestos por las Universidades de Murcia y Alicante, por el Instituto Español de Oceanografía (Centro Oceanográfico de Murcia), por la Sociedad Ibérica de Ecología y por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, para un periodo de cuatro años renovable. La independencia del Comité Científico la garantizarán dos condiciones de sus miembros: reconocido prestigio científico y no remuneración. El Comité científico tendrá entre sus funciones la de asesoramiento al Comité de Representantes y la Comisión de Seguimiento, e identificación de indicadores

71. Decreto 259/2019, de 10 de octubre, de declaración de zonas especiales de conservación (ZEC), y de aprobación del Plan de gestión integral de los espacios protegidos del Mar Menor y la franja litoral mediterránea de la Región de Murcia.

sobre el estado ecológico del ecosistema, sus riesgos y las medidas adecuadas de restauración, que comunicará a la Comisión de Seguimiento.⁷²

Varias reflexiones suscitan el texto aprobado, algunas de las cuales ya han sido puestas de manifiesto *supra*. En primer lugar, la LPJMM habla, en los tres casos, de órganos y, a la vez, de figuras para referirse a estas tres estructuras que finalmente crea, sobre las que ahora se detalla algo más, aunque se sigue sin determinar a qué ente con personalidad jurídica pública quedan adscritos.

Por lo que se refiere al Comité de representantes, ahora se concreta su composición: seis representantes del Estado y de la CARM, quedando excluida la Administración local, cuyo nombramiento y duración del mandato sigue sin quedar definido, y siete representantes de la ciudadanía, que quedan nombrados por el precepto “inicialmente”, aunque al no establecerse duración ni limitación del mandato, parece que lo que se pretende es que se trate de cargos vitalicios. En esta ocasión sí se le atribuyen competencias, concretamente dos: propuesta de actuaciones —aunque no se indica a quién dirigirán estas propuestas y cuál será su alcance— y vigilancia y control, potestad que concurrirá con las competencias de control que el ordenamiento jurídico atribuye a las AAPP competentes, así como al Ministerio Fiscal.⁷³ En segundo lugar, con relación a la Comisión de seguimiento, también se define ahora su composición, estando representados en este caso los entes locales (EELL) ribereños y de cuenca, así como los sectores económicos, sociales y ambientales con intereses sobre la laguna. Se guarda silencio, en cambio, sobre el sistema de elección de dichos representantes, estableciéndose como único requisito, que debe controlar la Comisión Promotora que debe identificarse con el Grupo Promotor de la ILP que integra el Comité de representantes, el contar con una trayectoria previa en la defensa del Mar Menor. Por ahora se trata de un órgano sin competencias definidas, aunque por su denominación parece pensarse en una suerte de cuerpo “cuasi policial” que, sin embargo,

72. Debe tenerse en cuenta que este Comité científico que contempla la LPJMM en su art. 3.3, se solapa en sus funciones con el Comité de Asesoramiento Científico del Mar Menor que creó el art. 8 de la Ley regional 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor.

73. Como advierte Rego Blanco, la opción de la LJCA ha sido la de no incorporar una participación universal del Ministerio Fiscal en asuntos de legalidad administrativa, por lo que es el legislador el que irá determinando, sector por sector, los ámbitos administrativos que gozan de la intervención del Ministerio Fiscal (Rego Blanco, *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial, en el Urbanístico*, 213-214).

al no encontrarse revestido de autoridad, solo podrá denunciar y, en general, actuar como interesado y como cualquier otro ciudadano en ejercicio de la acción popular. Por último, sobre el Comité Científico ahora se aclara qué universidades y entidades propondrán a sus miembros, estableciéndose, en este caso —y curiosamente— una limitación de la duración del mandato de 4 años, aunque renovable.

Debe señalarse a renglón seguido de todo lo anterior que el Borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LPJMM, que contiene 10 artículos, parece decantarse por una futura persona jurídica de derecho privado, por lo que, en puridad, los órganos que regula la LPJMM lo serán de una futura persona jurídica privada.

El Proyecto de Real Decreto pretende incardinarse en la competencia exclusiva del Estado para el establecimiento de las bases sobre protección del medioambiente, lo cual, a todas luces, supone desconocer que esta norma incide en otras competencias normativas del Estado, como sucede también con la Ley que desarrolla. A la tutoría del Mar Menor le corresponde, según esta norma reglamentaria proyectada: “a) La representación legal de la laguna del Mar Menor y su cuenca ante toda clase de personas, autoridades y entidades públicas o privadas. b) La contratación de bienes o servicios, la contratación de personal laboral y la percepción de cobros o el abono de pagos efectuados para el desarrollo de su actividad. A tales efectos, solicitará el número de identificación fiscal a nombre de “La laguna del Mar Menor y su cuenca”, de conformidad con lo establecido por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. c) La aprobación anual del estado de cuentas, el presupuesto y el plan de trabajo. d) Establecer los mecanismos y procedimientos de coordinación interna de los tres órganos que la integran” (art. 2.4 de la propuesta de Reglamento).

El régimen de contratación de esta futura persona que debería haberse creado por la LPJMM, como persona jurídica de nuevo cuño que necesariamente se va a organizar en torno a las figuras que establece la propia Ley, curiosamente se registrará, según el Proyecto de Real Decreto, “por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico privado” (art. 2.5), se entiende, independientemente de la procedencia de los ingresos de la misma, que podría ser exclusivamente pública, lo cual llegaría a ser contrario al Texto Refundido de la Ley de contratos del

sector público (TRLCSP) y al derecho europeo. También se dispone que el régimen presupuestario, de gestión económico-financiera y de contabilidad será el establecido en el ordenamiento jurídico privado (art. 2.6).

Por otra parte, la Tutoría del Mar Menor podrá obtener ingresos por sus actividades, siempre que ello no implique una limitación en relación con la defensa de los derechos del Mar Menor reconocidos por la Ley (art. 2.7). No queda claro a qué se refiere el precepto cuando habla de “limitación”, pero parece que alude a la posible explotación o restauración compatible con sus pretendidos derechos, que obviamente tendrá que desarrollarse conforme al derecho de los bienes públicos, previa EIA si procede y con la obtención de las oportunas autorizaciones y concesiones, respetándose en todo caso el régimen de concurrencia como ya ha advertido el TJUE.⁷⁴

4. Los derechos reconocidos y el principio de legalidad “natural”. Otra muestra de inseguridad jurídica en la que incurre la Ley 19/2022

El art. 2.1 LPJMM reconoce al Mar Menor y su Cuenca, que, por ahora, son lo que son, esto es, un ámbito territorial delimitado al que se aparea un régimen jurídico “ad hoc”, “los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños”, además del “(..) derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente, que incluirá todas las características naturales del agua, las comunidades de organismos, el suelo y los subsistemas terrestres y acuáticos que forman parte de la laguna del Mar Menor y su cuenca”.

A continuación, el art. 2.2 LPJMM define legalmente estos derechos.⁷⁵ Estos derechos implican, según la Ley, el respeto de lo que se denomina “Ley eco-

74. STJUE (Sala Tercera), de 20 de abril de 2023, asunto C-348/22.

75. a) Derecho a existir y a evolucionar naturalmente: el Mar Menor está regido por un orden natural o ley ecológica que hace posible que exista como ecosistema lagunar y como ecosistema terrestre en su cuenca. El derecho a existir significa el respeto a esta ley ecológica, para asegurar el equilibrio y la capacidad de regulación del ecosistema ante el desequilibrio provocado por las presiones antrópicas procedentes mayoritariamente de la cuenca vertiente. b) Derecho a la protección: el derecho a la protección implica limitar, detener y no autorizar aquellas actividades que supongan un riesgo o perjuicio para el ecosistema. c) Derecho a

lógica” y el cumplimiento de unas obligaciones que se entiende van dirigidas a las AAPP, formuladas de modo tan genérico que resultan de muy difícil concreción.

Por otra parte, el “derecho a existir” parece que quiere referirse a la preservación de la integridad ecológica como cualidad de los espacios naturales en la línea de la Directiva Hábitats (DH) y la más reciente *Estrategia Europea de la Biodiversidad 2030*.⁷⁶ Un avance, en este sentido de preservar la integridad de la integridad ecológica del espacio, que supere una formulación tan genérica referida a la evolución natural, consistiría, como es sabido, en proponer la declaración del espacio como reserva natural, si desde la ciencia se estimara la figura más acorde a sus características, aunque, como hemos sostenido en otro lugar, la figura de parque natural, en parte marino y en parte terrestre, y la consiguiente y obligada del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) en el plazo de un año desde su declaración en los términos que en su día contemplaba el art. 15 de la LENFS, habría ayudado a evitar gran parte del deterioro de la laguna.⁷⁷

Mientras el Mar Menor mantenga la categoría de paisaje protegido, no es real dicha intangibilidad predicable de las reservas. Por lo tanto, ese “derecho a existir”, deberá determinar —sin que el proyecto de reglamento de desarrollo parezca recoger el guante— en qué términos se concreta, porque si es en los mismos términos que derivan de la normativa vigente conforme a la categoría de “paisaje protegido”, no estamos añadiendo nada, sino aceptando, retóricamente, que la figura de paisaje protegido es adecuada, cuando, a todas luces, este espacio natural y su zona de influencia debería ser declarado bien parque natural —como, por ejemplo, Las Salinas de San Pedro— blindándose de este modo su protección frente a desarrollos urbanísticos y agricultura intensiva,

la conservación: el derecho a la conservación exige acciones de preservación de especies y hábitats terrestres y marinos y la gestión de los espacios naturales protegidos asociados. d) Derecho a la restauración: el derecho a la restauración requiere, una vez producido el daño, acciones de reparación en la laguna y su cuenca vertiente, que restablezcan la dinámica natural y la resiliencia, así como los servicios ecosistémicos asociados.

76. Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030, Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas, COM (2020) 380 final.

77. Soro Mateo, “Los errores jurídico-políticos en torno al Mar Menor”, 1030-1033.

aprovechándose la prevalencia de los PORN sobre cualquier instrumento planificador, incluido el plan hidrológico, o bien como área marina protegida.

Si bien hacer una remisión a la “Ley ecológica” para concretar el alcance de los derechos puede resultar demasiado genérico y poco adecuado si pensamos en la seguridad jurídica, procede que nos detengamos ahora en la justificación del reconocimiento de derechos más allá de los humanos.

Un supuesto paralelo al que venimos analizando, aunque muy diferente, lo encontramos en la novedosa Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, tramitada por el procedimiento ordinario, tras largos años de debate político, ético y jurídico que, por lo demás, aún persiste. No se trata de la regulación o, mejor, del reconocimiento legal de estos derechos, sino que la Ley tiene por objetivo regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad. Por lo tanto, a pesar de su título, lo que se regula es nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia. Ello conecta con una idea fundamental, que consiste en el valor intrínseco de los animales. Así, la verdadera esencia, la razón de ser de todas estas normas disruptivas sobre la protección de la naturaleza o de los animales, o de las propias generaciones futuras, en nuestra opinión, debe ser su valor inherente y no tanto la necesidad forzada de reconocerles derechos legalmente cual humanos presentes, a modo de estatuto. Podemos incluso llegar a afirmar que no es necesario que una ley reconozca derechos a la naturaleza, igual que no es necesario que una ley reconozca derechos a los animales para que se reconozca y proteja su valor intrínseco y, por ende, quede protegido y se establezcan obligaciones en razón de dicho valor. Ello supone, en palabras de Sozzo, una transformación profunda de la mirada sobre la naturaleza, basada hasta ahora en la idea de que vale por su utilidad para el hombre. Advierte el autor que tanto la naturaleza como la cultura tienen un valor intrínseco.⁷⁸

78. Sozzo, *Derecho privado ambiental*, 26. En similares términos, pero apelando a la dignidad, advierte el autor que, en el contexto actual, la atribución de personalidad persigue un fin emancipador de dignificación por analogía, aunque cabe una paradójica interpretación patriarcal —o “domesticadora”—, porque somos los humanos quienes les concedemos los derechos a otros seres, quienes decidimos sus titulares, su objeto, su contenido y sus límites, y quienes los ejercemos por ellos; todo, mientras seguimos arrogándonos su propiedad y comerciando con ellos (p. 55).

Si descendemos al análisis de la Ley 7/2023, frente a lo que se ha afirmado respecto de la Ley 19/2022, se trata de una norma que, según su disposición final sexta, tiene carácter de legislación básica y se dicta al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.13.^a, 16.^a y 23.^a CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre protección del medioambiente. Esta declaración general se completa con una larga lista de excepciones, que suponen el desarrollo de otros títulos constitucionales.⁷⁹

Como establece su preámbulo, “Cada día resulta más evidente en España la creciente sensibilización de la ciudadanía ante la necesidad de garantizar la protección de los animales en general y, particularmente, de los animales que viven en el entorno humano, en tanto que seres dotados de sensibilidad cuyos derechos deben protegerse, tal y como recogen el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Código Civil español”. Así, su art. 1 declara que la Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico básico en todo el territorio español, como norma básica que es, para la protección y la garantía de los derechos y bienestar de los animales de compañía y silvestres en cautividad, sin perjuicio de la sanidad animal que se registrará por la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, y por las normas de la Unión Europea.⁸⁰ En puridad, se quieren garantizar los derechos inherentes a su valor

79. Se indica que se exceptúan de dicho carácter de normativa básica los apartados 1 y 2 del artículo 55 y el artículo 57, que se dictan al amparo del artículo 149.1.6.^a CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 55 y apartados 1, 2, 7 y 9 del artículo 58 se dictan al amparo del artículo 149.1.8.^a CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil; la regulación contenida en el artículo 61 se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.10.^a CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de régimen aduanero y arancelario y comercio exterior; el artículo 21 y la disposición derogatoria se dictan al amparo del artículo 149.1.29.^a CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública; la regulación contenida en los artículos 13 y 14 se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.31.^a de la Constitución española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de estadística para fines estatales. No tiene carácter básico y será de aplicación únicamente en el ámbito estatal lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6, 7, 8 y 9; artículo 11; artículos 15 a 20; apartado 3 del artículo 33; artículo 58, apartados 5 y 6, y disposición adicional tercera.

80. Con anterioridad, ya la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley hipotecaria y la Ley de enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales incide en la esencia de los animales, que los diferencia de las personas y de las cosas y otras formas de vida como las plantas y, como es sabido, introduce una importante reforma en el

intrínseco, que se definen como derecho al buen trato, respeto y protección derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas, en particular a aquellas que mantienen contacto o relación con ellos.

En un muy reciente trabajo y en este sentido, Vaquer Caballería⁸¹ afirma, en relación con estos referidos derechos de los animales, que no se trata de derechos, “sino de diversas competencias administrativas (de planificación y formulación de políticas públicas, fomento, llevanza de registros, estadísticas públicas, servicios públicos de recogida y alojamiento de animales, función inspectora y potestad sancionadora) y obligaciones y prohibiciones para las personas tenedoras y convivientes”. A su juicio, se habría conseguido el mismo resultado configurando el bienestar animal como un fin de interés general, sin atribuir subjetividad ni derechos a los animales, como venían haciendo las leyes autonómicas precedentes en la materia. Porque la Ley ni les atribuye a los sujetos titulares de los derechos facultades concretas, ni ninguna otra capacidad jurídica ni de obrar. Considera, en consecuencia, que “su subjetividad no conlleva personalidad ni más efectos que la titularidad de tales derechos: los animales siguen siendo identificados “a nombre de una persona” (art. 51.1) y siendo objeto de compraventa por las personas (arts. 55 ss.), [...] se le reconocen ciertos derechos que no puede ejercer y en los que se agota su capacidad jurídica (no tiene deberes, ni patrimonio, ni capacidad para adquirirlo, ni para obligarse...) y se sujeta a la “tutoría” o tutela de otros, como a los menores e incapacitados”. Añade que la LPJMM “declara sujeto de derechos al Mar Menor”, lo cual no le parece suficiente para ser persona, en la medida en que las personas tienen capacidad jurídica no solo para ser titulares de derechos o adquirirlos, sino también para contraer obligaciones y ejercer acciones.

CC que, siguiendo la línea del CC francés y portugués, que añade un art. 333 bis, según el cual “1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. 2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en esta y las demás normas vigentes”.

81. Vaquer Caballería, “El humanismo del derecho administrativo de nuestro tiempo”, 51, 54.

5. Los deberes que se derivan de la Ley 19/2022: una frontal contravención del art. 45.3 CE y del derecho europeo

Trasladar al BOE, prácticamente sin modificaciones, un proyecto normativo elaborado por la sociedad civil, que además tenía una vocación internacional y descontextualizada —pues estaba pensada para la naturaleza en su conjunto— sin un elemental y reflexivo análisis jurídico previo, ha llevado a que cristalice una norma que, entre otras cosas, llega a contravenir el derecho europeo de la responsabilidad ambiental y el propio art. 45.3 CE, conforme al cual la obligación de reparar el daño causado debe recaer sobre los que han llevado a cabo una utilización irracional de los recursos naturales, y por utilización racional se entiende la que permite el derecho en cada momento. Se trata, en puridad, de deberes de conservación, protección, mantenimiento —de los que deberían derivar obligaciones positivas, en la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de los recientes litigios climáticos—⁸² y, en su caso, restauración, que, además, no se concretan: ¿se restaurarán conforme a las disposiciones del Anexo III de la LRMA? ¿Se protegerán y conservarán en los términos que se deriven de su plan de gestión?⁸³

Por otra parte, y continuando con el alcance del art. 2 LPJMM, lamentamos que una norma que prometía ser un instrumento de vanguardia, revolucionario y avanzado, lleve a cabo una llamativa y proscrita regresión, al “perdonar”, de plano, a los causantes de la contaminación. Porque el correlativo deber de los derechos que pretende reconocer se atribuye, cuando se habla del derecho a la restauración, exclusivamente “a los gobiernos (sic) y a los habitantes ribereños”. ¿De verdad se pretendía y se pretende que sean los habitantes ribereños (vecinos y veraneantes), junto a los “gobiernos” —deberemos entender que se refiere a las Administraciones públicas competentes—, los que van a correr con los gastos de restauración? Como ya advertimos, la ILP debería haber sido corregida durante su tramitación exprés para atribuir dicha obligación “a cargo de los responsables” de la contaminación o del deterioro, porque esta Ley —que, por cierto, no invoca los títulos competenciales que ampararía la regulación

82. Vid. STEDH de 24 de enero de 2019 (Asunto *Cordella* y otros contra Italia).

83. En este orden de cosas, ya se ha propuesto la modificación de la LJCA. Vid. Peñalver i Cabré, “Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos”, 109-154.

de la responsabilidad civil y administrativa, así como el régimen jurídico de los bienes públicos— no tiene el rango suficiente para afectar al régimen de la responsabilidad penal. Esta deficiente técnica legislativa exige una derogación de esta disposición que, además de generar inseguridad jurídica, goza de un contenido regresivo e, incluso, por lo que se refiere a la regulación de responsabilidad ambiental, contraria al principio de “quien contamina, paga” y a la Directiva de responsabilidad medioambiental (DRMA).⁸⁴

En definitiva, este precepto contraviene el derecho europeo (TFUE y DRMA), en especial, el principio “quien contamina, paga”, y el art. 45.3 CE, que es el fundamento de la responsabilidad ambiental derivada del incumplimiento de los deberes y de los daños al medioambiente —no del atentado a futuribles derechos de entidades naturales— y del derecho subjetivo a disfrutar de un medioambiente adecuado *ex art. 45.1 y 2 CE* que, como es sabido, entronca con algunos derechos fundamentales tal y como se ha venido reconociendo desde la emblemática STEDH de 9 de diciembre de 1994 (caso *López Ostra*) y concordantes.⁸⁵

6. La imprecisión de las conductas que generan responsabilidad penal, civil y administrativa: la vulneración del art. 25 CE

Otra causa de inconstitucionalidad que puede apreciarse al analizar el contenido de la LPJMM consiste en la vulneración del art. 25 CE en la que incurre su art. 4 cuando dispone que:

Toda conducta que vulnere los derechos reconocidos y garantizados por esta Ley, por cualquier autoridad pública, entidad de derecho privado, persona física o persona jurídica, generará responsabilidad penal, civil, ambiental y administrativa, y será perseguida y sancionada de conformidad con las normas penales, civiles, ambientales y administrativas en sus jurisdicciones correspondientes.

Esta disposición sancionadora omnicomprendiva contraviene el elemental principio de tipicidad constitucionalmente garantizado en materia penal y

84. Soro Mateo, “Restauración, reposición y restitución del dominio público natural”.

85. Bouazza Ariño, “Medio ambiente e intimidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, 92-107.

sancionadora y, a la postre, detrás de su retórica, no añade nada que no esté ya contemplado en el ordenamiento jurídico vigente (CP, TRLA, LC, LPNB y LRMA), que regulan obligaciones —y no derechos— de cuya acción u omisión derivará la comisión de infracciones y delitos o la causación de daños proscritos por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la correspondiente responsabilidad civil, penal, patrimonial o administrativa, así como las correspondientes obligaciones de cumplimiento de medidas de prevención, evitación y reparación, así como de restauración en los términos de la LPNB, la LA, la LC y la LRMA.⁸⁶

En relación con el sujeto activo de estas conductas que vulneren los derechos y las obligaciones que la norma no tipifica como infracciones o delitos —carece del rango de orgánica, así que, en cualquier caso, le está vedada dicha tipificación—, estos se enumeran en bloque: “(...) cualquier autoridad pública, entidad de derecho privado, persona física o persona jurídica”. El art. 4 LPJMM desconoce que, en función del tipo de delito o de infracción administrativa, tanto el CP como las leyes administrativas regulan los posibles sujetos responsables (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, autoridades, funcionarios o demás personal al servicio de las AAPP).

Además, no toda conducta “que vulnere los derechos reconocidos por esta Ley” generará todas estas responsabilidades, pues también debiera ser conocido que el principio *non bis in idem* impedirá que así sea, aunque puedan concurrir las obligaciones de restauración —de naturaleza no sancionadora, tal y como ha dejado zanjado el TS—,⁸⁷ independientes del resultado del procedimiento administrativo sancionador que puede haber terminado por caducidad, o que puede no haberse iniciado como consecuencia de la prescripción de la infracción.

86. Para Lozano Cutanda, se trata también de una contravención del principio de legalidad del art. 25 CE, al incumplir la garantía esencial de *lex certa*, que impone que “la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete o juzgador” (SSTC, por todas, 26/2005 y 283/2006) (Lozano Cutanda y García de Enterría Ramos, “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica”, 8).

87. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 24 de julio de 2003 (rec. 71/2002).

Con relación al inciso final del art. 4, que establece que “será perseguida y sancionada de conformidad con las normas penales, civiles, ambientales y administrativas en sus jurisdicciones correspondientes”, incurre en el error de considerar que toda la defensa del medioambiente debe judicializarse, desconociendo que las sanciones administrativas son el resultado de un procedimiento administrativo sancionador y que las medidas de evitación, prevención y restauración se acuerdan en procedimientos administrativos, todo ello sin perjuicio de que sea posible que, como consecuencia de un recurso administrativo y, en su caso, contencioso-administrativo, pudiera llegar a judicializarse su control.

7. Algunas imprecisiones e incorrecciones que deben ser corregidas

7.1. Sobre la invalidez de “actos ¿administrativos? y actuaciones”

El art. 5 LPJMM establece expresamente que “Cualquier acto o actuación de cualquiera de las Administraciones públicas que vulnere las disposiciones contenidas en la presente ley se considerará inválido y será revisado en la vía administrativa o judicial”. Por lo que se refiere a los actos administrativos, como es sabido, el art. 47 de la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC) determina los actos de las Administraciones públicas que incurren en nulidad de pleno derecho. Pues bien, parece que el precepto quiere, *ex art. 47.1.g) LPAC*,⁸⁸ añadir como causas de nulidad cualquier contravención de la LPJMM que no resulte, de por sí, nula conforme a cualquiera de los apartados del art. 47.1 LPAC. Asimismo, parece querer referirse a la revisión de oficio de actos nulos, sin perjuicio de la posibilidad de recurso frente al acto administrativo finalizador de este procedimiento, por lo que la revisión, en puridad, no tendrá lugar en vía administrativa o jurisdiccional, pues no es correcto técnicamente tratar dichas modalidades de control de los actos administrativos como dos alternativas que se yuxtaponen de manera disyuntiva, sino que, en su caso, el control judicial sucederá al administrativo.

Y un apunte más en relación con este precepto, ahora en relación con las “actuaciones” a las que se refiere su inciso inicial: si lo que pretende el legislador

88. “Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.

es aludir a la actuación en vía de hecho, desde luego que podría haber aprovechado la oportunidad, más progresiva, de reformar la LJCA en este punto, acogiendo las propuestas vertidas por la doctrina administrativista, porque estas vías de hecho, en ocasiones, se corresponden con conductas omisivas, y dicha Ley jurisdiccional las silencia, por lo que no es posible sostener una pretensión de condena de hacer. Recuérdese, en este sentido, que el art. 29 LJCA limita las pretensiones que pueden sostenerse ante los tribunales contencioso-administrativos frente a la inactividad administrativa, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos. Así, salvo en el caso de inejecución de un acto administrativo firme (arts. 29.2 y 32.1 LJCA) o en relación con una vía de hecho (art. 32. 2 LJCA), el juez no puede ordenar una actuación material de la Administración o su cese.

7.2. Nuevas y no tan nuevas obligaciones dirigidas a las AAPP

Resta por referirnos ahora al último de los preceptos de la LPJMM, que atribuye múltiples obligaciones a las AAPP (art. 7). Algunas de estas obligaciones, en concreto las contempladas en sus tres primeros incisos, ya derivaban expresa o implícitamente del ordenamiento jurídico vigente, por lo que se trata de un precepto redundante y que, a la vez, puede complicar la aplicación de otras normas como la Ley de cambio climático y transición energética (LCCTE), la LC, el TRLA la LPNB, pues la introducción de conceptos pretendidamente novedosos omitiendo la remisión a las normas que los contemplan (alerta temprana, precaución, equilibrio de ecosistemas, alteración definitiva del patrimonio biológico) dificulta la integración de esta norma con el conjunto normativo aplicable. Además, por lo que se refiere a las albergadas por los apartados 4 y 5, deben hacerse algunas precisiones.

En el caso de la restricción inmediata de actividades se trata de una reiteración de las medidas que, con todas las garantías, pueden acordarse en el seno de un procedimiento administrativo bien sancionador, bien de responsabilidad ambiental. Desconocemos la intención del legislador al positivar esta pretendida obligación.

En segundo lugar, en relación con la prohibición de introducción de organismos y material orgánico e inorgánico, entendemos que, en el ámbito territorial de aplicación de la Ley, que puedan alterar de manera definitiva el

patrimonio biológico del Mar Menor, habría sido conveniente positivar la vulneración de dicha prohibición como una infracción administrativa, basando entonces el ejercicio de la potestad sancionadora, incluida la posibilidad de adopción de medidas cautelares tendentes a impedir su comisión, en caso de riesgo.

8. ¿Hacia una privatización de la gestión de la naturaleza?

La correlación entre lo público y lo privado en el ámbito de la protección de la naturaleza y, en general, en el ámbito del derecho público se encuentra en constante evolución, en función de las circunstancias sociales y, sobre todo, políticas y económicas de cada momento. Además, se trata de una cuestión que también viene determinada por las posiciones ideológicas y doctrinales dominantes.

En España, hace unos años, a partir de la denominada recomposición de las relaciones Estado-sociedad a que se refiere Esteve Pardo,⁸⁹ se han venido gestando nuevos modos de actividad de la Administración, mas estas nuevas modalidades de intervención no acaban, sin embargo, con los tradicionales modos de actividad que desde antaño conforman lo que se ha venido a denominar actividad material de la Administración (servicio público, policía y fomento), sino que se mantienen y coexisten con esas nuevas fórmulas de gestión. Por nuevas modalidades de actividad pública, nos referimos, en general, a la privatización generalizada que incorpora al panorama jurídico a las entidades colaboradoras, a las discutibles fórmulas privadas de control de riesgos, a la privatización de los servicios públicos o de su gestión, a las comunicaciones previas y declaraciones responsables surgidas a partir de la transposición de la Directiva 2006/123, a la actividad de regulación propia del nuevo modelo de Estado garante que trasciende al tradicional Estado policial o de intervención, y, en general, a la cogestión y a la custodia del territorio como fórmulas de gestión privada de intereses públicos, a la que ahora se adjunta una futura gestión personificada y privada.

89. Esteve, *Lecciones de Derecho administrativo*, 356.

Como fundamentos de esta privatización de funciones públicas pueden encontrarse diversos principios muy en boga en los últimos tiempos (mínima intervención, corresponsabilidad, eficiencia, eficacia, sostenibilidad, agilidad, participación y control, entre otros). Pues bien, sin ser este el lugar para detenernos en la reflexión de todos estos fenómenos, y por lo que se refiere al desarrollo de políticas públicas en las que se materializa el deber de las AAPP de preservar el medioambiente o función pública ambiental, y especialmente en sede de conservación de la naturaleza, el fundamento de la privatización de dicha función se ha querido encontrar en el principio de participación.

Puede decirse, *a priori*, que la generalización de los instrumentos privados de gestión de la biodiversidad natural o restaurada como resultado de un proceso de recuperación de los daños entraña ciertos peligros, como la privatización de las políticas públicas, caldo de cultivo de la corrupción. Mas lo cierto es que es necesario explorar las ventajas de estos instrumentos respecto de la conservación pasiva, analizándose cuidadosamente los límites a los que debe someterse el desarrollo de estas herramientas de gestión para garantizar el cumplimiento del derecho ambiental y la indemnidad de los derechos. Los instrumentos voluntarios y de mercado dirigidos a colaborar en la protección y conservación de la biodiversidad, así como la desregulación como tendencia generalizada en gran parte de los ámbitos de acción pública se van abriendo paso paulatinamente traspasando las fronteras del derecho ambiental y, en especial, del derecho de la biodiversidad. Estas “nuevas” herramientas deben conservar su carácter complementario del instrumental tradicional de conservación de la biodiversidad, para no convertirse en una vía abierta a la *desresponsabilización* de las AAPP.

9. Nuestra propuesta: la teoría del perjuicio ecológico francés como planteamiento alternativo, a partir del reconocimiento de los derechos de las futuras generaciones

Una alternativa para el reforzamiento del derecho ambiental frente al reconocimiento de los derechos de la naturaleza puede ser identificada mediante la garantía de los derechos de las futuras generaciones. Este necesario debate jurídico puede tener lugar a través de una reinterpretación del “otro”, del

“alter”, al que alude el principio *alterum non laedere*, para justificar un correlativo deber de no dañar.⁹⁰

Este debate debe comenzar por plantear si existe en el derecho español un deber de no dañar el medioambiente y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, si quedaría cubierto por el principio *alterum non laedere*. Frente al consenso doctrinal existente acerca del reconocimiento de un derecho de todos a disfrutar del medioambiente y de un deber de conservarlo (art. 45 CE), no sucede lo mismo respecto al establecimiento de un deber de no dañar el medioambiente. Aunque la mayoría de la doctrina civilista afirma la existencia de un deber de no dañar en general, un sector doctrinal niega que exista un deber de no dañar en la responsabilidad civil. Y ello porque estiman que la afirmación de un deber de no dañar supone un correlativo derecho a no ser dañado. En primer lugar, se apunta que el legislador no suele imponer un deber de no dañar, sino solo un deber de compensar los daños que uno causa.⁹¹ Sobre esta base, la doctrina civilista ha llegado a considerar que la norma contenida en el artículo 1902 CC es tan genérica que no hay manera de concebir que contenga el principio *alterum non laedere*.⁹² En segundo lugar, se sostiene que un deber de no dañar absoluto haría que la vida social fuese inviable.

Frente a esta doctrina negadora de la existencia de un deber general de no dañar, la postura que sostenemos supone la existencia de un deber de no dañar injustamente. Por ello, debemos preguntarnos entonces qué daños son injustos y si entre ellos se encuentran los que sufrirán las futuras generaciones, al quedar sin reparación conforme a los sistemas de responsabilidad vigentes.

La respuesta más obvia para esta objeción señala que las numerosas pretensiones inhibitorias o preventivas acogidas en el derecho civil solo tienen sentido

90. Cfr. Soro Mateo, “Reinterpretando el principio *alterum non laedere* a propósito de los daños ambientales”.

Propuestas que, por otro lado, van fructificando en pioneras normas de reciente aprobación como la Ley balear 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras.

91. En efecto, la mayoría de las legislaciones incluyen disposiciones como las del artículo 1902 del Código Civil (CC) español, de conformidad con el cual “[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

92. Salvador et al., “Observaciones al Libro Blanco sobre Responsabilidad ambiental”, 1-32. Vid. sin embargo las reflexiones de Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, 19-68.

si la víctima goza de un derecho a no ser dañada, correlativo con un deber de no dañar. Así, las acciones dirigidas al cese de las molestias derivadas del humo, los olores, el ruido y las vibraciones trascienden el principio “quien contamina, paga”, y se encuentran fundamentadas en el *alterum non laedere*, de mayor alcance (art. 590 CC). El siguiente paso consistiría en determinar las víctimas cuyos derechos hacen nacer los deberes de no dañar, pues si comprendemos a las futuras generaciones, el espectro —no solo del art. 1902, sino del art. 590 CC— sería más amplio.

Los derechos de las generaciones futuras —que carecían de trascendencia jurídica, más allá de su referencia en textos ambientales desde la Conferencia de Estocolmo de 1972— comienzan a ser frecuentemente invocados por el derecho. Así, en convenciones y declaraciones como la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB), la Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo (1992), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y la Declaración de la UNESCO sobre responsabilidad de las generaciones presentes para con las futuras, de 12 de noviembre de 2007, entre otras, resultan ya cada vez más frecuentes las referencias normativas expresas a las generaciones futuras en el ordenamiento interno español, primero en preámbulos y exposiciones de motivos —como sucedió con el cambio climático— para pasar al texto de las normas, como justificación de la teleología protectora o función social en diversos ámbitos como el urbanismo sostenible, la conservación del patrimonio histórico o, incluso, la protección de la propiedad intelectual en el ámbito privado. No obstante, aún no se observa que la comprensión de los derechos de las generaciones futuras vaya acompañada del reconocimiento de una figura o instrumento jurídico para la defensa de sus derechos, ni tan siquiera de un reforzamiento de la defensa de sus derechos cuando concurran o no con los derechos e intereses de las generaciones actuales.⁹³ Debe seguir profundizándose, pues, en la fundamentación ética y jurídica de esta figura en nuestro ordenamiento, a partir de su instauración en algunos ordenamientos de nuestro entorno (Suecia, Finlandia, Alemania y Bélgica). En efecto, debemos preguntarnos sobre cómo podría positivarse esta figura o sobre cuáles serían los distintos canales de entrada de estos derechos —si es que existen como tales— en todas

93. Solo a escala local, y es importante ponerlo de relieve, algunos ayuntamientos españoles han acogido la figura del defensor de los derechos de las futuras generaciones de modo muy heterogéneo.

las clásicas instituciones jurídicas de derecho público y de derecho privado, y la responsabilidad es una de ellas.⁹⁴

A la luz de estas innovaciones provenientes del derecho comparado, la cuestión de la articulación de una reforma del CC para la inclusión de los daños ambientales en España se presenta como una opción no solo factible, sino deseable, siguiendo la senda marcada por el legislador francés.⁹⁵ Postulamos, en consecuencia, una ampliación de ámbito de aplicación del *alterum non laedere* para comprender el daño ambiental colectivo, lo cual facilitaría una adicional herramienta jurídica en manos de la ciudadanía para la defensa de los intereses humanos ambientales —incluidos los de las futuras generaciones—.

10. Leyes, normas del ejecutivo con rango de ley y reales decretos ad hoc para el Mar Menor. Doctrina constitucional

10.1. La constitucionalidad de las normas con rango de ley para el Mar Menor

No es la primera vez que el Mar Menor es objeto de una ley o norma del ejecutivo con rango de ley *ad hoc*. La primera de ellas —en este caso, autonómica— fue la Ley 3/1987, de 23 de abril, de protección y armonización de usos del

94. Para la fundamentación de un deber de no dañar el medioambiente, resulta un *prius* el reconocimiento de un correlativo derecho. Quizá, como fuente de inspiración, podamos apelar al derecho francés (*Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, de 8 de agosto 2016, art. 2 bis), y a la doctrina del perjuicio ecológico, frente a la respuesta basada en los derechos de la naturaleza para fundamentar dicho correlativo deber de no dañar..

95. Recuérdese que el art. 16 de la referida Directiva 2004/35/CE permite que la legislación nacional vaya más allá: “1. La presente Directiva no excluye el mantenimiento o la adopción por parte de los Estados miembros de disposiciones más estrictas relativas a la prevención y compensación de daños al medioambiente, en particular, la identificación de otras actividades con el fin de someterlas a los requisitos de prevención y reparación de la presente Directiva, así como la identificación de otras partes responsables. La presente Directiva no impedirá la adopción por los Estados miembros de disposiciones adecuadas, en particular la prohibición de la recuperación de costes dobles, cuando la recuperación doble podría tener lugar como resultado de acciones simultáneas de una autoridad competente en aplicación de esta Directiva y por una persona cuya propiedad se vea afectada por el daño ambiental”.

Mar Menor,⁹⁶ cuya pretensión no era otra que iniciar un proceso dinámico por el que sentar las bases de un conjunto de actuaciones dirigidas a alcanzar una correcta ordenación de la zona del Mar Menor. La Ley autonómica fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad por invasión de competencias del Estado en materia de dominio público estatal, bases sobre protección del medioambiente y autonomía local en materia de concesión o suspensión de licencias municipales.

La STC 36/1994, de 10 de febrero, desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1987, al considerar que desarrollaba la competencia exclusiva de la C. A. sobre protección del medioambiente (norma adicional de protección) y sobre ordenación del territorio. En relación con la infracción del art. 132, señaló que “es doctrina que la titularidad estatal sobre el dominio público no aísla a la porción de territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese ámbito corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad” (SSTC 77/1984, 227/1988, 103/1989 y 149/1991). En segundo lugar, advirtió que “la actividad de planificación de los usos del suelo corresponde a la competencia de ordenación del territorio, no a la de medioambiente o a las derivadas del dominio público estatal que no incluyen este tipo de actividades de predisposición de planes, instrumentos y normas de ordenación del territorio”. Por último, por lo que se refería a la suspensión de licencias, se trataba, a juicio del TC, de una medida cautelar y de vigencia transitoria, análoga a la prevista en el art. 27 de la Ley del suelo, que pretende salvaguardar la eficacia de las competencias autonómicas de ordenación del territorio regulando el régimen de adaptación de los instrumentos de planificación y urbanísticos municipales a las Directrices de Ordenación del Territorio, mediante la suspensión temporal y genérica de los efectos de las licencias de parcelación y edificación no ejecutadas (STC 148/1991).

La segunda norma *ad hoc* sobre el Mar Menor fue el Decreto Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección del Mar Menor, convalidado después como Ley 1/2018.

96. Aunque desde los años setenta del siglo pasado los riesgos y los daños eran conocidos, y el entonces Partido Socialista del Congreso presentó una Proposición no de Ley de declaración del Mar Menor y sus riberas como Parque Natural y elaboración de un plan de saneamiento del mismo, de 19 de octubre de 1979, que no vio la luz (BOCCGG, I Legislatura, n.º 167-1).

Más recientemente, la STC 112/2021, de 13 de mayo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. Los motivos aducidos en el recurso, en este caso, fueron la infracción de las competencias del Estado en materia de condiciones básicas de igualdad, derecho civil, ordenación general de la economía, principio de seguridad jurídica y derecho de propiedad.

El TC no aprecia su inconstitucionalidad y justifica la norma regional en la competencia exclusiva de la CARM para establecer normas adicionales de protección ambiental —se trataba del establecimiento de una condicionalidad reforzada a la actividad agrícola—, señalando el TC que “la regulación autonómica de las condiciones para el ejercicio de la actividad agrícola y la protección medioambiental del Mar Menor [...] es una actuación que encuentra acomodo en el acervo competencial autonómico”.

Así, por lo que respecta a la infracción del art. 149.1.1. CE, señala el TC 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 —mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes— 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”, de modo que la falta de invocación de una norma estatal que establezca las citadas condiciones básicas impide apreciar una invasión competencial [STC 16/2018, de 22 de febrero, FJ 8 a), con cita de otras]”.

Sobre la eventual infracción del art. 149.1.8.^a CE, considera que las limitaciones al dominio impuestas por la normativa administrativa para la protección de intereses públicos no son “legislación civil” a los efectos del art. 149.1.8.^a CE, sino ejercicio de la competencia sectorial (STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley andaluza de reforma agraria); y que “la delimitación de la propiedad de acuerdo con su función social conforme al art. 33.2 CE no se opera ya solo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada” (doctrina reiterada, entre otras, en STC 170/1989, de 19 de octubre, sobre la regulación del tanteo y retracto administrativo por la Ley de la Asamblea de Madrid que declaró el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares). La finalidad de protección medioambiental de la Ley 3/2020, que no quiere regular solamente los usos del suelo sino muy especialmente

hacerlo para recuperar la riqueza biológica y conservar el ecosistema del Mar Menor (*cf.* art. 3, sobre las finalidades de la ley), ampara las medidas impugnadas en la competencia autonómica sobre “protección del medioambiente” y “normas adicionales de protección”.

Tampoco, a juicio del TC, la aplicación “obligatoria” del Código de Buenas Prácticas agrarias vulnera el Real Decreto 261/1996, de 16 de febrero, sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias, que se ampara en estos títulos competenciales (disposición final primera).

Y, en fin, las “restricciones” sobre los derechos de propiedad (art. 33 CE) y libre empresa (art. 38 CE) superan el canon de proporcionalidad y el canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE), pues este contenido esencial del derecho de propiedad “no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo” (STC 37/1987). Y, por otro lado, la libertad de empresa del art. 38, “implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial”, pero “no es un derecho absoluto e incondicionado” y, por lo tanto, “su vigencia no resulta comprometida por el hecho de que existan limitaciones a su ejercicio derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado [...]. Tampoco las condiciones que la ley impone al ejercicio de la actividad agrícola se han demostrado de tal intensidad que permitan afirmar a este tribunal de acuerdo con parámetros normativos y pruebas ciertas que lleguen a anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad o a imposibilitar *de facto* la explotación agrícola del suelo, pues se trata de condiciones impuestas para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo, como es la defensa y restauración del medioambiente (art. 45 CE)”.⁹⁷

97. Recuerda el TC que “la propia Comisión Europea ha advertido a España del ejercicio de acciones judiciales para la imposición de sanciones por el incumplimiento de la Directiva de nitratos (Directiva 91/676/CE del Consejo) en varias zonas, entre ellas el Mar Menor [Dictamen motivado de 2 de julio de 2020, 2018/2250 C (2020) 3783 final, apartado 42.4]. Y son, por último, medidas idóneas en abstracto, o “constitucionalmente adecuadas”, para alcanzar el objetivo perseguido: la defensa y restauración del medioambiente”. Además, señala que “El

También el Decreto Ley del Gobierno de la Región de Murcia 5/2021, de 27 de agosto, de modificación de los artículos 33.1, 33.4 y 34.2 de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos del mismo y resuelto por la Sentencia 126/2023, de 27 de septiembre de 2023.⁹⁸ En este caso, por lo que se refiere a la alegada ausencia y falta de justificación del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86.1 CE para la validez jurídica de todo Decreto Ley, el TC considera que queda justificado por la especial relevancia la singularidad medioambiental del Mar Menor y el carácter irreversible de los daños al ecosistema —singularmente, a la fauna del entorno— que la adopción del Decreto Ley trataba de afrontar. En cuanto a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.22.ª CE), vendría vulnerada, según el recurso, porque los incisos impugnados supeditan la actuación autonómica de restitución de cultivos a la previa existencia de una resolución firme en vía administrativa del organismo de cuenca acerca del cese o la prohibición de regadíos por carecer de derecho de aprovechamiento de aguas. La demanda argumenta que la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.ª CE) se vería mediatamente vulnerada porque los incisos impugnados establecerían que el procedimiento autonómico de restitución de cultivos tiene como única forma de iniciación el “impulso” de un órgano estatal y atribuirían a dicho órgano (el organismo de cuenca) una función que materialmente consistiría en la emisión de un dictamen vinculante en el seno del procedimiento autonómico, convirtiendo, así, a aquel en coautor de decisiones (sobre restitución de cultivos) que solo a la comunidad autónoma corresponde adoptar.

Finalmente, el TC desestima el recurso, sosteniendo que la regulación controvertida no afecta a las competencias estatales, sino que se limita a disciplinar la actuación administrativa de la propia comunidad autónoma, sin oponerse al régimen del procedimiento administrativo común recogido en la Ley

posible perfeccionamiento de esas limitaciones o la existencia de alternativas que se adapten mejor a los demás intereses implicados (económicos o de otro tipo) es tarea que corresponde primordialmente al legislador y no a la jurisdicción constitucional, que debe limitarse a enjuiciar desde parámetros normativos si la concreta opción política ejercida por el órgano legitimado para ello desborda o no los límites de lo constitucionalmente admisible”.

98. *Vid.* Dictamen Consejo de Estado n.º 651-2022 emitido por la Comisión permanente del Consejo de Estado.

39/2015, ni imponer tampoco obligación alguna al Estado que no viniese ya comprendida en el deber general de colaboración que sobre este pesa, al igual que sobre las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias concurrentes sobre el medioambiente.

10.2. El reciente RD 118/2024, de 30 de enero, por el que se establecen limitaciones a la navegación marítima para la protección y la recuperación del Mar Menor: la invocación del título constitucional del art. 149.1.20 CE y no del art. 149.1.23.ª CE

Acaba de ver la luz el RD 118/2024, de 30 de enero, por el que se establecen limitaciones a la navegación marítima para la protección y recuperación del Mar Menor, que, según su Exposición de Motivos, viene a cumplir uno de los mandatos de la LPJMM, concretamente la restricción de forma inmediata de aquellas actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales, en virtud del art. 7 de dicha Ley.

No obstante, llama la atención que después de iniciar la Exposición de Motivos del Real Decreto justificando las medidas u obligaciones que se derivan del mismo en los correlativos derechos del Mar Menor, no se invoque después el título del art. 149.1.23.ª CE, sino exclusivamente la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de marina mercante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.20.ª CE. Se recuerda que la Ley autonómica 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor, en sus artículos 64, 65 y 66 establecía limitaciones a la navegación marítima, abordando materias de competencia estatal.

Dichos preceptos fueron derogados por la CARM mediante Decreto Ley 4/2021, de 17 de junio, de simplificación administrativa en materia de Medioambiente, Medio Natural, Investigación e Innovación Agrícola y Medioambiental, dando cumplimiento al Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con la Ley 3/2020, de 27 de julio, publicado por la Resolución, de 10 de mayo de 2021, de la Secretaría General de Coordinación. La Administración General del Estado se comprometió a regular

los aspectos incluidos en los preceptos derogados en un sentido análogo al de los preceptos referidos⁹⁹. Ambas partes constatan que el presente Acuerdo resuelve las controversias competenciales planteadas en relación con la Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor y que procederá comunicar este Acuerdo al Tribunal Constitucional a los efectos previstos en el artículo 33. 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, así como insertar el presente Acuerdo en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.¹⁰⁰

10.3. Una última referencia: El proyecto de reglamento de desarrollo parcial de la LPJMM y las graves objeciones del Consejo de Estado

Por otro lado, como se ha señalado *supra*, ha sido recientemente dictaminado por el Consejo de Estado el Proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LPJMM. Se trata de una norma de 10 artículos que pretende desarrollar el sistema de gobernanza de la persona jurídica que se cree, decantándose por una persona jurídica de derecho privado, por lo que, en puridad, los órganos que crea la Ley serán órganos de un ente privado, con todo lo que ello implica.

Su regulación, además, pretende incardinarse en la competencia exclusiva del Estado para el establecimiento de las bases sobre protección del medioambiente, por lo que vuelve a desconocerse que esta norma, igual que la Ley que pretende desarrollar, incide en otras competencias normativas del Estado.

A la tutoría del Mar Menor le corresponde, según esta norma proyectada (art. 2. 4):

- a) La representación legal de la laguna del Mar Menor y su cuenca ante toda clase de personas, autoridades y entidades públicas o privadas.

99. Álvarez Carreño, “Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia”.

100. No obstante, la STC 112/2021, de 13 de mayo, que examinó la constitucionalidad de la Ley 3/2020, de Recuperación y Protección del Mar Menor, no apreció su inconstitucionalidad, en la que declara que “la regulación autonómica de las condiciones para el ejercicio de la actividad agrícola y la protección medioambiental del Mar Menor [...] es una actuación que encuentra acomodo en el acervo competencial autonómico”.

- b) La contratación de bienes o servicios, la contratación de personal laboral y la percepción de cobros o el abono de pagos efectuados para el desarrollo de su actividad. A tales efectos, solicitará el número de identificación fiscal a nombre de “La laguna del Mar Menor y su cuenca” de conformidad con lo establecido por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.
- c) La aprobación anual del estado de cuentas, el presupuesto y el plan de trabajo.
- d) Establecer los mecanismos y procedimientos de coordinación interna de los tres órganos que la integran.

El régimen de contratación, curiosamente, se regirá, según el Proyecto de Reglamento, “por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico privado” (art. 2.5); se entiende, independientemente de la procedencia de los ingresos de la misma, que podría ser exclusivamente pública, lo cual ya hemos señalado que es contrario al TRLCSP y al derecho europeo. También se dispone que el régimen presupuestario, de gestión económico-financiera y de contabilidad, será el establecido en el ordenamiento jurídico privado (art. 2.6).

Por otra parte, la Tutoría del Mar Menor podrá obtener ingresos por sus actividades, siempre que ello no implique una limitación en relación con la defensa de los derechos del Mar Menor reconocidos por la Ley (art. 2.7). No queda claro a qué se refiere el precepto cuando habla de “limitación”, pero parece que alude a la posible explotación o restauración compatible con sus pretendidos derechos, que obviamente tendrá que desarrollarse conforme al derecho de los bienes públicos, esto es, con la obtención de las oportunas concesiones, y respetando el régimen de concurrencia como ya ha advertido el TJUE.

Como se señaló *supra*, el Consejo de Estado, en el Dictamen aprobado por su Comisión Permanente el 25 de enero de 2024,¹⁰¹ emitido en el procedimiento de elaboración del Proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LPJMM, ha incidido, sobre todo, en la falta de definición de la persona jurídica que dice crear la LPJMM, señalando que:

101. “El Consejo de Estado sugiere a Ribera que cambie la Ley de derechos del Mar Menor. Avisa al Ministerio de que no está definida la “clase de persona jurídica” que es la laguna y recomienda variar la norma antes de aprobar su reglamento”, *La Verdad* (Murcia, 27 de enero de 2024), disponible en <https://www.laverdad.es/>.

La Ley 19/2022, de 30 de septiembre, debería ser completada antes de que se aprobase la regulación proyectada; o lo que es lo mismo, las Cortes Generales, como representantes del pueblo español (art. 66.1 de la Constitución), deberían definir la clase de persona jurídica que es el Mar Menor y los elementos nucleares de su régimen jurídico, para que el Gobierno pudiese ejercer su potestad de desarrollo reglamentario (artículo 97 de la Constitución) en un marco normativo claro y preciso, dotado de cierta garantía de estabilidad jurídica.

Y es que ello se deriva de elementales exigencias de seguridad jurídica. Añade el Consejo de Estado que “La medida propuesta no surtirá los efectos que se persiguen con ella si no cuenta con una disciplina legal clara y precisa que defina todos los elementos nucleares del régimen jurídico aplicable al Mar Menor en tanto que entidad personificada, sentando las bases que harán posible un desarrollo reglamentario ordenado de sus previsiones”. Asimismo, como hemos sostenido en los diversos estudios sobre la LPJMM, señala el alto órgano consultivo que “La norma proyectada no podrá especificar la naturaleza jurídica de la Tutoría del Mar Menor en tanto que sistema de gobernanza de la laguna y su cuenca, hasta que la ley no concrete la naturaleza jurídica del Mar Menor en tanto que entidad personificada”, esto es, las reglas de derecho público y/o privado a las que estará sujeta la Tutoría.

Añade, también, que “Conferir cierta capacidad de influencia sobre la composición de los órganos encargados de garantizar la recta observancia de la Ley a quienes en su momento promovieron su aprobación puede conducir a una patrimonialización del sistema de gobernanza instituido por el texto normativo”, en la medida en que ello “repercutiría negativamente en su aplicación y, por consiguiente, en la tutela ambiental del Mar Menor”, por lo que recomienda “que se valore detenidamente la oportunidad de impulsar un proyecto de ley de modificación parcial de la LPJMM, que desvincule la composición inicial del Comité de Representantes y, sobre todo, la composición —inicial y sucesiva— de la Comisión de Seguimiento de la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular”, pues su subsistencia, de la Comisión Promotora de una iniciativa legislativa popular tras el debate plenario sobre la toma en consideración de la proposición de ley presentada constituye, a juicio del Consejo de Estado, una anomalía carente de justificación que debería ser corregida.¹⁰²

102. Las citas textuales del Dictamen del Consejo de Estado han sido extraídas de la siguiente noticia: *La verdad*, “El Consejo de Estado sugiere a Ribera que cambie la ley de derechos del

Bibliografía

- Alenza García, J. F. “Principios clásicos para la nueva era del derecho ambiental”. En B. Soro Mateo, J. Jordano Fraga, dirs., y S. M. Álvarez Carreño, coord., *Viejos y nuevos principios del derecho ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Alpa, G. “De la tutela del medioambiente al reconocimiento de la ‘natura’ como sujeto de derecho. ¿Una revisión de las categorías del derecho civil?”. *Revista de Derecho Privado* 43 (2022): 73-90. <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.04>.
- Álvarez Carreño, S. M. “A la sombra de la pandemia: la crisis climática como telón de fondo de las transformaciones actuales del derecho ambiental”. En M. Torre Schaub, B. Soro Mateo, dirs., y S. M. Álvarez Carreño, coord., *Litigios climáticos y Justicia: luces y sombras*, 75-109. Murcia: Laborum, 2020.
- . “El continuo “coser y descoser” de la legislación procedimental ambiental de la Región de Murcia”. *Actualidad Jurídica Ambiental* 84, 2018.
- . “Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia (segundo semestre 2021)”. *Revista Catalana de Dret Ambiental* 12, n.º 2 (2021): 1-31. <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/400812>.
- Álvarez Carreño, S. M., E. Pérez de los Cobos Hernández, y B. Soro Mateo. “Las modificaciones normativas regresivas y alguna relevante victoria ambiental en sede judicial en la comunidad autónoma de la Región de Murcia”. En G. García Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda, y A. Nogueira López, coords., *Observatorio de Políticas Ambientales*. Madrid: CIEDA/CIEMAT, 2021.
- Álvarez Carreño, S. M., y B. Soro Mateo. “Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia (primer semestre 2022)”. *Revista Catalana de Dret Ambiental* xiii, n.º 1 (2022): 1-29. <https://doi.org/10.17345/rcda3326>.
- Álvarez Carreño, S. M., B. Soro Mateo, y E. Pérez de los Cobos Hernández. “Región de Murcia: otra nueva (y decepcionante) vuelta de tuerca normativa en el proceso de degradación del Mar Menor: el Decreto-Ley 2/2019”. En G. García-Álvarez García, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda, y A. Nogueira López, coords., *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*. Madrid: CIEDA/CIEMAT, 2020.
- Ayllón Díaz-González, J. M. “Sobre derechos de la naturaleza y otras prosopopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada Mar Menor”. *Actualidad Jurídica Ambiental* 138 (2023): 1-88.
- Bachmann Fuentes, R. I., y V. Navarro Caro. “Derechos de la naturaleza y personalidad jurídica de los ecosistemas: nuevo paradigma de protección ambiental. Un enfoque comparado”. *Revista Internacional de Pensamiento Político* 16 (2021): 357-378. <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.6336>.

Mar Menor. Avisa al Ministerio de que no está definida la “clase de persona jurídica” que es la laguna y recomienda variar la norma antes de aprobar su reglamento, 27 de enero de 2024. Disponible en <https://www.laverdad.es/>.

A pesar de haberse solicitado al Alto Órgano consultivo el texto de Dictamen en su versión oficial, no se ha obtenido respuesta.

- Belda Pérez-Pedrero, E. “El uso del concepto “territorio” en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Estudios Políticos* (2002): 219-266.
- Belloso Martín, N. “Un intento de fundamentar derechos de los no-humanos (derechos de la naturaleza) a partir del desarrollo sostenible”. *Revista Catalana de Dret Ambiental* XIII, n.º 1 (2022): 1-46. <https://doi.org/10.17345/rcda3198>.
- Borrás Pentinat, S. “Los derechos de la Naturaleza en Europa hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 65 (2020): 79-120.
- Bouazza Ariño, O. “Medio ambiente e intimidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Ambienta: La Revista del Ministerio de Medio Ambiente* 113 (2015): 92-107.
- Cafferatta, N. A. “Derecho privado ambiental a la luz del código civil y comercial”. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental* 35 (2019): 11-58.
- Carducci, M., S. Bagni, V. Lorubbio, E. Musarò, M. Montini, A. Barreca, C. Di Francesco, M. Ito, L. Spinks, y P. Powlesland. *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*. European Economic and Social Committee (EESC), 2019.
- Carrasco Perera, A. “El Antropoceno es, quién lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas”. Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo, 2023. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>.
- Cordón Moreno, F. “Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho”. *Publicaciones periódicas. Centro de Estudios de Consumo* (octubre de 2022): 1-7 (<https://centrodeestudiosdeconsumo.com/>).
- De Prada García, A. “Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamana”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 27 (2013).
- Esparza Alaminos, O., J. L. García Varas, B. Nieto Novoa, V. González Vela, S. Guadix Montero, J. E. Argente García, A. Cánovas Muñoz, J. A. García Charton, E. Pérez de los Cobos Hernández, P. Noguera Méndez, M. Semitiel García, y B. Soro Mateo. *Estrategia de Gobernanza para la Red Natura 2000 marina de España*. LIFE INTEMARES, 2021. <https://intemares.es/>.
- Esteve Pardo, J. *Lecciones de Derecho administrativo*. 10.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- European Parliament. *Can nature get it right? A Study on Rights of Nature in the European Context*, 2021. <https://www.europarl.europa.eu/>.
- Gaillard, E. “L’entrée dans l’ère du droit des générations futures”. *Les Cahiers de la Justice* 3 (2019).
- García de Enterría Ramos, A. “La personalidad jurídica de los entes naturales: ¿un cambio de paradigma?”. *Revista del Parlamento Vasco* 4 (2023): 8-37.
- García-Rostán Calvín, G. “Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor en la jurisdicción civil”. En M. P. Díaz Pita, coord., *Horizonte justicia 2030: reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, 325-332. Madrid: Tecnos, 2023.
- Hermon, C. “La réparation du dommage écologique, les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004”. *AJDA* 33 (2004): 1792-1800.

- Jaria-Manzano, J. “La personalitat jurídica del Mar Menor: retòrica o agosarament”. Blog *Revista Catalana de Dret Públic*, 18 de enero de 2023. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/>.
- Jordano Fraga, J. “La Administración en el Estado ambiental de Derecho”. *Revista de Administración Pública* 173 (2007): 101-141.
- . “El contencioso ambiental”. *RAAP* 100 (2018): 265-298.
- . “El Derecho ambiental del siglo XXI”. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental* 9 (2003): 101-141.
- . *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*. Barcelona: Bosch, 1985.
- Lawrence, P. “Justifying Representation of Future Generations and Nature: Contradictory or Mutually Supporting Values?”. *Transnational Environmental Law* (2022). DOI:10.1017/S2047102522000176.
- López de la Fuente, G. *De la intimidad a la vida privada y familiar: Un derecho en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Lozano Cutanda, B., y A. García de Enterría Ramos. “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un embrollo jurídico”. *Diario La Ley* 10163, 4 de noviembre de 2022.
- Macanás, G. “Bases para la personalidad jurídica de los entes no humanos”, *Derecho Privado y Constitución* 43 (2023): 11-52. <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.01>.
- Martín Mateo, R. “La revolución ambiental pendiente”. En S. F. Utrera Caro, y J. L. Piñar Mañas, coords., *Desarrollo sostenible y protección del medioambiente*, 49-80. Madrid: Civitas (2002).
- Mazé, A. “Restaurer la biodiversité cultivée: la nature ordinaire, un bien hors du commun? Apports de l’écologie politique d’Elinor Ostrom”. *Revue juridique de l’environnement* 2, n.º 48 (2023): 123-130.
- Michelot, A. “Pour un principe de solidarité écologique ? De la critique à la proposition, du droit interne au droit international”. *Revue juridique de l’Environnement* 45, n.º 4 (2020): 733-750.
- Montoro i Chiner, M. J. “El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales”. En F. Sosa Wagner, coord., *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, 3437-3466. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.
- Nogueira López, M. A. “La huella ecológica. El establecimiento de indicadores ambientales y su significación para el Derecho”. *Revista Catalana de Dret Ambiental* 10, n.º 1 (2019): 1-25. <https://doi.org/10.17345/rcda2589>.
- Papayannis, D. M. “La práctica del *alterum non laedere*”. *ISONOMÍA* 41 (2014).
- Parejo Alfonso, L. J. “Algunas reflexiones y sugerencias para la actualización de la Constitución”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 108-109 (2023-2024): 130-137.
- . “La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿hacia el Estado ecológico de Derecho?”. *Ciudad y territorio* 100-101 (1994): 219-232.
- Peñalver i Cabré, A. “Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos”. *RAP* 190 (2013): 149-194.

- Pérez de los Cobos Hernández, E. “La acción popular como instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva del Mar Menor y su cuenca”. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental* 41 (2023).
- Prieur, M. “Que faut-il faire pour l’Amazonie”. *Revue juridique de l’environnement* 44, n.º4 (2019).
- Ravit, V. *Réflexions sur le destin du préjudice écologique “pur”*. París: Dalloz, 2012.
- Rego Blanco, M. D. *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial, en el Urbanístico*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.
- Rémi Beau, C. L. *Éthique de la nature ordinaire, Recherches philosophiques dans les champs, les friches et les jardins*. París: Éditions de la Sorbonne, 2017.
- Rogel Vide, C. “¿Lagunas como sujetos de derechos? El Mar Menor y la Ley 19/2022”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 4 (2022): 713-728.
- Salvador, P., F. Gómez, M. Artigot, y Y. Guerra. “Observaciones al Libro Blanco sobre Responsabilidad ambiental”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2000): 1-32.
- Singer, P. *Practical Ethics*. 2.ª edit. Cambridge University Press, 1993.
- Soro Mateo, B. “Los errores jurídico-políticos en torno al Mar Menor”. En F. López Ramón, coord., *Observatorio de políticas ambientales 2017*. Madrid: CIEDA/CIEMAT, 2017.
- . “Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del bioderecho: especial referencia a los derechos de los animales y de las futuras generaciones”. *Via Iuris* 13 (2013).
- . “Pérdida de biodiversidad y extinción de especies a partir del modelo de los límites planetarios: su eventual recepción por el derecho”. *Actualidad Jurídica Ambiental* 137 (2023): 7-56.
- . “Reflexiones en torno a los derechos de las futuras generaciones”. En L. Chieffi, y J. R. Salcedo Hernández, *Questioni di inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in diálogo*. Nápoles: Mimesis Edizione, 2015.
- . “Reinterpretando el principio *alterum non laedere* a propósito de los daños ambientales”. En B. Soro Mateo, J. Jordano Fraga, J. F. Alenza García, dirs., y S. M. Álvarez Carreño, coord., *Viejos y nuevos principios de Derecho Ambiental*, 179-205. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- . “Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos”. *Revista Aragonesa de Administración Pública* 54, 2019.
- . “Restauración, reposición y restitución del dominio público natural”. En García Ureta, A. y B. Soro Mateo, dirs., *Restauración y compensación ambiental: la perspectiva jurídica*, 69-100. Madrid: Iustel, 2023.
- Soro Mateo, B., y Álvarez Carreño, S. M. “El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental”. En Álvarez Carreño, S. M., y B. Soro Mateo, dirs., *Estudios sobre la efectividad del Derecho de la Biodiversidad y del cambio climático*, 151-194. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Soro Mateo, B., S. M. Álvarez Carreño, y E. Pérez de los Cobos. “Murcia: Avances normativos para la protección del Mar Menor”. En F. López Ramón, coord., *Observatorio de políticas ambientales 2018*. Madrid: CIEDA/CIEMAT, 2018.

- Soro Mateo, B., M. A. Esteve Selma, y J. M. Martínez Paz. *Los espacios naturales protegidos de la Región de Murcia*. Murcia: Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia, 2013.
- Soro Mateo, B., J. Jordano Fraga, dirs., y S. M. Álvarez Carreño, coord., *Viejos y nuevos principios de derecho ambiental*, 179-205. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Sozzo, G. *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni Editores, 2019.
- Stone, C. D. "Should trees have standing? Towards legal rights for natural objects". *Southern California Law Review* 45 (1972): 450-501.
- Tassin Wallace, C. "Derechos de la Naturaleza (en relación con el derecho a la naturaleza)". *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* 22 (2022).
- Torre Schaub, M. "La construcción del régimen jurídico del clima: entre ciencia, derecho y política económica". *Revista Catalana de Derecho Ambiental* 10, n.º 1 (2019).
- Vaquero Caballería, M. "El humanismo del derecho administrativo de nuestro tiempo". *Revista de Administración Pública* 222 (2023): 33-64.
- Vicente Giménez, T., y E. Salazar Ortuño. "La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca". *Revista Catalana de Dret Ambiental* XIII, n.º 1 (2022).
- VV. AA. *Gobernanza de Áreas Protegidas: de la comprensión a la acción*. Gland (Suiza): UICN, 2014. <https://portals.iucn.org/>.

El derecho a la vivienda y las competencias estatales

Marcos Vaquer Caballería

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid (España)

The Right to Housing and the Powers of the State

ABSTRACT The supposedly exclusive powers of the Spanish autonomous communities on housing are strongly conditioned by the concurrent powers of the State. The interpretation of these powers made by the Spanish Constitutional Court has prioritised the objective consideration of housing as a principle over the subjective consideration of housing as a right and its economic dimension over the social one. This paper highlights some paradoxes and perplexities caused by this approach, as well as the opportunity provided by the Right to Housing Act to solve them.

KEYWORDS right to housing; powers of the State; basic equality conditions; opening clauses.

RESUMEN La competencia supuestamente exclusiva de las comunidades autónomas sobre vivienda está muy condicionada por algunas competencias del Estado concurrentes sobre la materia. La interpretación de ellas hecha por el Tribunal Constitucional ha primado la consideración objetiva de la vivienda como principio sobre la subjetiva como derecho y su dimensión económica sobre la social. En el artículo se destacan algunas paradojas y perplejidades provocadas por esta doctrina, así como la oportunidad que brinda la Ley por el Derecho a la Vivienda para solventarlas.

PALABRAS CLAVE derecho a la vivienda; competencias del Estado; condiciones básicas de la igualdad; cláusulas de apertura.

Artículo recibido el 3/2/2024; aceptado el 2/4/2024.

1. Introducción

De conformidad con lo previsto en el artículo 148.1.3.^a de la Constitución, todos los estatutos de autonomía atribuyeron desde el principio de la andadura del Estado autonómico una competencia exclusiva sobre vivienda a las comunidades autónomas.¹ Ello no impidió al Estado seguir aprobando planes de vivienda cuya constitucionalidad confirmó el Tribunal Constitucional en la seminal STC 152/1988, de 20 de julio, ni tampoco a las comunidades autónomas abstenerse de ocupar la materia durante décadas, más allá de algunas disposiciones legales o reglamentarias sobre las viviendas protegidas.²

Esta inhibición autonómica empezó a superarse en la primera década de este siglo con una generación de leyes generales en materia de vivienda entre las que podemos incluir la Ley 2/2003, de vivienda de Canarias; la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunidad Valenciana; la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de la comunidad autónoma de La Rioja; la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña; la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda de Andalucía; la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra; la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda en la Comunidad de Castilla y León; la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia; la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la vivienda de la Región de Murcia; la Ley 3/2015, de 18 de junio, de la vivienda del País Vasco, y así sucesivamente.

Esta generación legal tiene en común el desbordar la tradicional regulación de la vivienda protegida en un intento por configurar más ampliamente el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y las políticas a su servicio. Para ello, ha abordado materias tales como la planificación de vivienda y su coordinación con la de suelo, las viviendas dotacionales o los alojamientos transitorios ideados para atender a la población más vulnerable, las condiciones de calidad de la vivienda y las potestades de intervención administrativa para su vigilancia y control, la protección de los demandantes de vivienda

1. En la actualidad, lo hacen los artículos 10.31 del Estatuto del País Vasco, 137 de Cataluña y 56 de Andalucía —que especifican los contenidos que dicha competencia “incluye en todo caso”—, 27.3 de Galicia, 10.1.3 del Principado de Asturias, 24.3 de Cantabria, etc.

2. Con la excepción pionera de la Ley 24/1991, de 19 de noviembre, de la vivienda de Cataluña, que derogó la también innovadora Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña.

en su condición de consumidores y usuarios, o el fomento del alquiler y de la rehabilitación edificatoria.

Sin embargo, a ello se añade que, a partir del estallido de la crisis financiera de 2008, se multiplicaron los juicios de desahucio por incumplimiento de las obligaciones hipotecarias o arrendaticias, muchos de los cuales afectaban a colectivos vulnerables, ante lo que el legislador reaccionó modificando su legislación de vivienda o adoptando leyes de medidas. Son los casos, por ejemplo, del Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril, y la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía; la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, y la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, ambas de Cataluña; el Decreto Ley 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda de Aragón; la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, o la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura.

Entre las medidas arbitradas para hacer frente a la crisis, algunas consistentes en delimitar la función social de la propiedad de las viviendas y en evitar los lanzamientos fueron sistemáticamente impugnadas por el Estado, elevando significativamente la conflictividad constitucional.³ Desde entonces, un número nada despreciable de estas leyes autonómicas y las que las han sucedido en la materia ha recibido declaraciones de inconstitucionalidad y ha visto anulados algunos de sus preceptos por invasión de las competencias prevalentes del Estado.⁴

3. Como recuerda Quintiá en *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, 102, solo en 2018 se produjeron tantos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la materia como a lo largo del periodo 1980-2000.

4. SSTC 93/2015, de 14 de mayo; 16/2018, de 22 de febrero; 32/2018, de 12 de abril; 43/2018, de 26 de abril; 80/2018, de 5 de julio; 97/2018, de 19 de septiembre; 102/2018, de 4 de octubre; 106/2018, de 4 de octubre; 5/2019, de 17 de enero; 8/2019, de 17 de enero; 13/2019, de 31 de

Y es que la vivienda es un bien jurídico muy singular. Para comprender la problemática complejidad de su distribución competencial, es preciso entender primero sus implicaciones dogmático-constitucionales, a lo que dedicaremos el primer apartado de este estudio. La distribución competencial es un instrumento para alcanzar los fines de interés general. Por ello, la parte organizativa de la Constitución debería interpretarse a la luz de su parte dogmática y no al revés, como me temo que haya podido ocurrir a veces en esta materia y razonaré en las páginas que siguen. Para ello, desgranaré en los siguientes apartados las vinculaciones que ha establecido el Tribunal Constitucional entre la materia y algunos títulos competenciales del Estado. El estudio termina con una reflexión conclusiva sobre la situación actual y las perspectivas de futuro, tras la aprobación e impugnación de la Ley por el derecho a la vivienda.

Para titular los epígrafes, me he servido de algunas metáforas fisiológicas, una licencia de estilo que el lector, seguro, sabrá disculpar.

2. Anatomía de un derecho: las dimensiones ambiental y socioeconómica de la vivienda

La vivienda es el ámbito del hábitat o medio de la persona en el que desarrolla de forma privativa su vida íntima y familiar. Es nuestro *territorio personal*. Desglosemos brevemente el significado de esta doble referencia de la vivienda (al territorio y a la persona).

Como hábitat o medio de las personas, la vivienda es un territorio delimitado pero inserto en territorios más amplios. Forma parte del medio urbano o rural en el que no solo se sitúa, sino del que también se provee (movilidad viaria, suministro de agua, luz, telecomunicaciones y otros servicios básicos, etc.) y al que está esencialmente vinculado. Por eso, el derecho a la vivienda figura en el bloque ambiental de la Constitución —arts. 45, 46 y 47 de la Consti-

enero; 16/2021, de 28 de enero; 37/2022, de 10 de marzo, y 57/2022, de 7 de abril, algunas de las cuales serán comentadas más adelante en este trabajo. Como ha observado Felipe Iglesias (“Distribución competencial entre el Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, 36), el reparto de competencias en esta materia todavía “dista de ser pacífico”, como evidencian el voluminoso informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de 24 de enero de 2022, sobre el Anteproyecto de la Ley por el derecho a la vivienda y su voto particular.

tución española (CE)—, que aborda conjuntamente en el mismo precepto el derecho a la vivienda y la regulación del uso del suelo.⁵ Y, por la misma razón, el *derecho a la vivienda* suele ser reforzado últimamente con la afirmación de un *derecho a la ciudad*, pues como advirtió Ildefonso Cerdá de forma tan elegante como sencilla: la urbe es “un conjunto de habitaciones enlazadas por una economía viaria”, donde la casa es “la urbe elemental”.⁶

Como espacio privativo en el que ejercemos nuestro derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y en el que fijamos nuestro domicilio (art. 18 CE), la vivienda entronca con la dignidad de la persona —de ahí que la Constitución no proclame el derecho a una vivienda sin más, sino a una vivienda “digna y adecuada” a las personas que la habitan—. ⁷ “Se trata, por lo tanto, de una materia que, por su íntima conexión con la esfera individual de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, es de la máxima

5. A su vez, el artículo 148.1.3.^a CE trata a la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda como una misma materia competencial. La misma comunión entre suelo y vivienda se observa en los artículos 149.5 del Estatuto de Cataluña y 56.3 del de Andalucía, por ejemplo, que incluyen en la competencia de urbanismo (no en la de vivienda) “la política de suelo y vivienda” o “la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda”. Y, en Portugal, el artículo 65 de la Constitución reúne, asimismo, a la vivienda y el urbanismo.

6. Cerdá, *Teoría general de la urbanización*, 404-407. Desde entonces, el urbanismo viene reconociendo la centralidad de la vivienda. En las palabras de Jornet (“La necesidad de repensar el planeamiento urbanístico y territorial”, 749), “la vivienda es, sin duda, el ingrediente básico de la ciudad y la razón de ser de la misma”. Desde una perspectiva jurídica, sobre las conexiones entre urbanismo y vivienda, pueden verse el trabajo seminal de Bassols, “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución de 1978”; Ponce y Sibina, *El derecho de la vivienda en el siglo XXI*, 256-257 y 297-298; Ponce, “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007”, o Vaquer, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, 21-23.

7. En el derecho constitucional alemán se encuentran ejemplos en los que el derecho a una vivienda (*Wohnung*) o habitación (*Wohnraum*) adecuadas se complementa en el mismo precepto con la proclamación de su inviolabilidad, como ocurre con los artículos 106 de la Constitución del Estado de Baviera, de 2 de diciembre de 1946, 14 de la Constitución de la Ciudad Hanseática Libre de Bremen, de 21 de octubre de 1947, y 28 de la Constitución de la Ciudad-Estado de Berlín, de 23 de noviembre de 1995. La Constitución de Portugal también es ilustrativa, porque, cuando cualifica a la vivienda a la que todos tienen derecho según su artículo 65, exige “que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar”. Sobre estas relaciones entre libertad y prestación en materia de vivienda, me permito remitir a Vaquer, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, 37-46.

relevancia” (STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 9)⁸ y que la dota de un sentido socioeconómico singular:

- a) Económicamente, la vivienda es un bien inmueble con una oferta bastante rígida (por los tiempos y costes de su promoción y por la dependencia de un suelo idóneo para promoverla) y una demanda masiva y bastante inelástica, que tiene un valor de uso como bien de primera necesidad y también un valor de cambio como bien de inversión.⁹ Como tal bien, es objeto del derecho de propiedad y de otros derechos reales como el de superficie o personales como el arrendamiento. Asimismo, es objeto de actividad económica: constructiva o rehabilitadora y comercializadora de los edificios residenciales, financiera de los préstamos —normalmente hipotecarios— necesarios para su adquisición y prestacional de servicios de oferta de vivienda, como el arrendamiento.
- b) Socialmente, su precio elevado provoca problemas de acceso o mantenimiento pacífico en el disfrute de la vivienda a las personas en estado de necesidad y los colectivos vulnerables. Problemas que los poderes públicos están conminados a combatir, porque la vivienda es objeto de un derecho

8. El Tribunal Constitucional Federal alemán tiene establecido desde 1993 que la vivienda constituye el centro de la vida de las personas y de sus familias y debe servir no solo para satisfacer las necesidades elementales de la vida, sino también para asegurar la libertad y el desarrollo personal (BVerfGE 89, 1, 6 § 21). Y, conectando la dimensión personal con la ambiental a la que nos acabamos de referir, ha añadido que esto también incluye la ubicación de la vivienda, por ejemplo en relación con la distancia a los equipamientos culturales, las escuelas, los comercios y las áreas recreativas o con la accesibilidad al transporte público (Decisión de la Sala 1.^a de 18 de julio de 2019, 1 BvL 1/18, § 82).

9. Los tribunales deben tener presentes estas singularidades económicas de la vivienda cuando juzgan la validez de medidas regulatorias o de intervención en su mercado. El Tribunal de Justicia de la UE, por ejemplo, ha tenido en cuenta el “efecto inflacionista” de los arrendamientos turísticos (§ 69) o las “tensiones en el mercado” (§ 73) cuando ha analizado la compatibilidad con la *Directiva Bolkestein* de la intervención administrativa sobre ellos en Francia (STJUE de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments*). El Tribunal Constitucional alemán también es sensible a las particularidades de la vivienda como bien económico cuando ha juzgado la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de medidas delimitadoras del derecho de propiedad sobre la vivienda como la regulación de las rentas de alquiler, para lo que ha tenido que ponderar los efectos esperables de dichas medidas sobre el mercado. Pueden verse, por ejemplo, sus consideraciones sobre los riesgos de contracción de la oferta por efecto de la regulación de precios (§ 65), la dependencia de dicha oferta respecto de la disponibilidad de suelo (§ 71), los costes de inversión del propietario (§ 76) o el riesgo de exceso de demanda (§ 81) en el Auto de la Sala 1.^a, de 18 de julio de 2019, ya citado en la nota anterior.

humano de carácter social: el derecho “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” según el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Es decir, que el disfrute efectivo de este bien tiene un carácter basal como parte que es del “nivel de vida adecuado” o del mínimo existencial necesario para poder disfrutar de los restantes derechos de la persona.¹⁰

Esto supuesto, es claro que de poco sirve proclamar una competencia exclusiva sobre vivienda a favor de un ente territorial del Estado: la efectividad de dicha competencia pasa por su necesaria imbricación y coordinación con las competencias en materia de territorio y urbanismo —por eso la Constitución las trata como un continuo en su art. 148.1.3.^a—, asistencia social, ordenación de la economía, fiscalidad, legislación civil (de la propiedad, derechos reales, hipotecaria y arrendamientos) y procesal (desahucios), etc.

Es más, históricamente se urdió una correlación entre política de vivienda, vivienda protegida y planes de vivienda, que solo últimamente hemos empezado a superar. Y es que esta correlación no es exclusiva ni excluyente. Más aún, hay algo de miopía en identificar las políticas de vivienda con los planes de vivienda: estos son solo uno de los instrumentos de aquella, y no el central ni el más importante. Dicho más claramente: las políticas de vivienda han venido mucho más marcadas en España por las leyes fiscales, del mercado hipotecario y de arrendamientos urbanos, por ejemplo, que no por las leyes y los planes de vivienda.

Tan es así que el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que la vivienda “no constituye un título competencial autónomo” (por todas, STC 59/1995,

10. Sobre esto último, pueden verse Vaquer, “Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital”, o Tornos, “La dignidad humana y el derecho a una vivienda digna”. Como ya hiciera la Observación General n.º 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) afirma en su Dictamen de 17 de junio de 2015, respecto de la Comunicación n.º 2/2014, que “el derecho humano a una vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (11.1).

de 17 de marzo, FJ 3), sino que puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador. Dicha complejidad competencial es consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda (“económica” y “social”: STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2) (STC 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4), de modo que se da la paradoja de que la competencia sobre vivienda es exclusivamente autonómica, pero no es autónoma.

Algunas de estas materias conexas que la delimitan y condicionan son de competencia, asimismo, autonómica (urbanismo y asistencia social), pero otras son compartidas (economía) o de competencia exclusiva del Estado (legislación civil y procesal). Veámoslas, pero no mediante un estudio exhaustivo de toda la jurisprudencia que ya se ha vertido en la materia, que es muy abundante,¹¹ sino concentrando nuestra mirada en algunos fallos señeros que han sentado la doctrina constitucional, a mi juicio, más relevante —y, en algunos puntos, más discutible— en la materia.

3. Las funciones vitales de la legislación civil y procesal

Los títulos jurídicos para el disfrute de una vivienda (propiedad, hipoteca y arrendamiento) son legislación civil, reservada al Estado por el art. 149.1.8.ª CE y, como tales, han sido aplicados en las controversias competenciales relativas a la contención de rentas arrendaticias en las áreas con mercado tensionado, en el caso notorio de la ya citada STC 37/2022, de 10 de marzo.

En ella, cuando la Ley de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, ha establecido un régimen especial de contención de rentas para los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en las denominadas “áreas con mercado de vivienda tenso”, el Tribunal Constitucional lo ha declarado

11. También es abundante la doctrina que se ha ocupado de analizar esta distribución competencial, como los estudios de Arias, “Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional”; Iglesias, “Distribución competencial entre el Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”; Vaquer, “La exangüe competencia autonómica en materia de vivienda”, y otras referencias citadas a lo largo de este trabajo.

inconstitucional y nulo por invasión de las competencias estatales sobre legislación civil: las medidas de contención de la renta que percibir en el contrato de arrendamiento de vivienda “se inserta[n] de forma natural en la materia de derecho civil y, dentro de la misma, en el ámbito de las obligaciones y contratos”. Más en particular, el Alto Tribunal ha recordado que la legislación civil estatal, tanto general como especial en materia de arrendamientos urbanos, consagra un principio de libre estipulación de la renta que ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales y, como tal, materia reservada al Estado. Y ello “no solamente por ser una plasmación o concreción de la regla general de primacía de la autonomía de la voluntad, sino además porque la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado” (STC 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4).

Ahora bien, como añade a continuación la Sentencia citada, igual que solo cumple al Estado “fijar legalmente el principio de libertad de pactos para el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de vivienda”, también él —y solo él— puede “determinar sus eventuales modificaciones o modulaciones en atención al designio del legislador estatal respecto a la necesidad de ajustar o no el funcionamiento del mercado inmobiliario en atención a lo dispuesto en el art. 47 CE o en otros preceptos constitucionales”. La Sentencia continúa diciendo que cabe recordar al respecto que, tal y como dijo el TC en la STC 89/1994, de 17 de marzo, FF. JJ. 5 y 8 “la paridad contractual entre arrendadores y arrendatarios puede ser sometida a modulaciones fundadas en una finalidad tuitiva de intereses que se consideren necesitados de una especial protección —concretamente, los de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario—, como muestra la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos en nuestro país”. Un recordatorio innecesario para el asunto en cuestión, habida cuenta de que la controversia era competencial, no sustantiva, pero que resulta sin duda elocuente teniendo en cuenta que se pronuncia cuando el Estado estaba ya tramitando el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda, cuya medida más notoria y polémica es la contención de rentas de alquiler de viviendas en las zonas de mercado residencial tensionado.

En efecto, la Ley estatal ha “recogido el guante” y ha legislado sobre estas zonas, pero no de forma unitaria ni con efecto directo. La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda habilita a las Administraciones competentes en materia de vivienda para declarar, potestativamente, tales zonas, y les deja cierto margen, por ejemplo, para “incorporar criterios adicionales acordes a la realidad y características de la zona o atendiendo a la normativa específica de la Administración competente en materia de vivienda” en la definición de gran tenedor de vivienda. Lo hace en los artículos 18 y 19, ambos dictados al amparo de los artículos 149.1.1.^a y 149.1.13.^a CE, a los que no es extraña esta compartición con las comunidades autónomas. Sin embargo, de aquella declaración y de esta definición se siguen consecuencias jurídicas sobre competencias exclusivas del Estado, como son el contenido del derecho de propiedad de la vivienda (art. 11.1.e) y las rentas arrendaticias (disposición final 1.^a), que son legislación civil y se dictan al amparo del art. 149.1.8.^a CE, así como los beneficios del arrendamiento de vivienda en el IRPF, que son hacienda general reservada al Estado por el 149.1.14.^a CE, siempre según la disposición final séptima de la propia Ley.

La nueva Ley estatal emplea en este punto una técnica que evoca —*mutatis mutandis*— lo que en el Derecho británico se ha llamado “devolución”¹² y, en el alemán, las “cláusulas de apertura”,¹³ pues abre a las comunidades autónomas un espacio competencial, acotado y regido por ella, para que puedan legislar o actuar sin quiebra de la igualdad ni la unidad de mercado, ni infracción de las competencias del Estado. Mediante esta técnica, el Estado no transfiere ni delega su competencia, sino que la ejerce de forma deferente con las competencias autonómicas conexas, a las que abre un espacio de decisión por él regulado, permitiendo cierta diversidad dentro de la unidad, desde la que la legislación pueda comprender mejor las distintas necesidades tanto territoriales como poblacionales.

12. En el Reino Unido, la *devolution* de poderes se ha hecho por ley ordinaria, sin renuncia del Parlamento central a los poderes cedidos, de manera que puede seguir legislando sobre ellos y recuperarlos. Solozábal, “Sobre la *devolution* del Reino Unido”, 5.

13. A propósito de las “cláusulas de apertura” que puede contener la legislación federal alemana (*Öffnungsklauseln in Bundesgesetzen*), tiene declarado el Tribunal Constitucional Federal que son admisibles, pero no otorgan a los estados más campo de juego que el abierto por ellas (por ejemplo, Decisión, de 25 de marzo de 2021, citada más atrás, § 83).

La legislación procesal está asimismo reservada al Estado *ex art. 149.1.6.ª CE*. Sin embargo, en mi opinión, el Tribunal Constitucional la ha aplicado de forma excesiva como cláusula de cierre de la competencia autonómica, por ejemplo, para:

- a) Anular la expropiación temporal del uso de viviendas por un plazo “contado desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente” (STC 93/2015, de 14 de mayo, Andalucía). Dado que la expropiación es una potestad administrativa, no procesal, y que operaba en el marco de una actuación procesal, pero sin interferir en ella, nunca debió ser anulada por este motivo.

La medida autonómica andaluza fue anulada por inconstitucionalidad mediata, es decir, por una supuesta —pero inexistente— incompatibilidad con la estatal y prevalente. Primero el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, y, después, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que derogaba al anterior, dispusieron en su artículo 1 la “suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables” invocando para ello, entre otros varios, el título competencial sobre legislación procesal. Entre la solución andaluza y la estatal había alteridad, sí, pero no incompatibilidad, como se ocuparon de razonar los votos particulares de los magistrados Adela Asúa y Xiol Ríos. En efecto, el Decreto Ley andaluz disponía que la expropiación temporal tendría lugar por un plazo “contado desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente”, de donde se sigue que la expropiación no sería eficaz mientras dicho lanzamiento quedara suspendido por aplicación de la medida estatal. Luego no había conflicto de normas. La medida andaluza podría operar de forma subsidiaria o sucesiva a la estatal, pero nunca simultánea, lo que en modo alguno significa que fueran incompatibles en términos constitucionales. Sin embargo, el Alto Tribunal afirma lo contrario: “no se trata de medidas compatibles en el sentido de que puedan operar a un mismo tiempo” (FJ 18), pero que sean “figuras jurídicas dispares sobre una misma realidad”, que sea “difícil la aplicación conjunta” de ambas o que una se vea “postergada en su eficacia” por la otra no es, en mi opinión, motivo de inconstitucionalidad.

Según el Alto Tribunal, las CC. AA. no pueden adoptar soluciones dispares frente a los desahucios, sino solo desarrollar la solución estatal mediante medidas “coherentes”. Sin embargo, sí pueden introducir “simples modi-

ficaciones o correcciones en función del título competencial autonómico en materia de vivienda”, como entendió que ocurría en el caso de Aragón mediante un esforzado fallo interpretativo en la STC 5/2019, de 17 de enero, FJ 4. En él, por ejemplo, se admitió ampliar la definición de la situación de especial vulnerabilidad y, por tanto, el ámbito subjetivo de la medida, siempre que comprenda “como mínimo los supuestos establecidos en la legislación estatal”.

- b) Anular la acción pública en materia de vivienda ante los órganos jurisdiccionales, pero no los administrativos, porque “que alguien tenga atribuida legitimación para intervenir o recurrir en vía administrativa no implica necesariamente que tenga legitimación para hacer lo propio ante los tribunales” (STC 97/2018, de 19 de septiembre, País Vasco). Creo que esta afirmación, como mínimo, debería ser matizada, pues quien ha ejercido válidamente una acción —aunque sea pública— en la vía administrativa, porque se ha personado en el procedimiento, ha alegado y ha sostenido una pretensión ante la administración, invirtiendo tiempo y dinero en ello, ya ha adquirido un interés legítimo en el asunto y está legitimado para impugnar su defraudación, sea en la vía administrativa o en la contencioso-administrativa. En caso contrario, ¿dónde quedan la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el control jurisdiccional sobre la legalidad y el sometimiento a fines de la resolución desestimatoria (art. 106 CE)?

Del mismo modo que regular las *causae expropriandi* en las materias de competencia propia no invade la competencia estatal de legislación sobre expropiación forzosa,¹⁴ tampoco debería entenderse que establecer la acción pública en las materias de competencia propia infringe la competencia estatal sobre legislación procesal. Al menos cuando la misma ha abierto la legitimación activa a “cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes”, como, en efecto, ha hecho el artículo 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

14. Por todas, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 6, y 61/1997, de 20 de marzo, FF. JJ. 17 y 21.

4. La atrofia de la dimensión subjetiva y el artículo 149.I.I.^a CE

Es bien sabido que, durante los primeros años de andadura constitucional, el Tribunal Constitucional hizo una interpretación incidental e instrumental del título competencial contenido en el artículo 149.I.I.^a CE, como mero refuerzo o complemento de otros. Y asimismo ocurrió en materia de vivienda en la STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, sobre el plan estatal de vivienda: el Alto Tribunal aceptó su aplicabilidad, pero con simultánea subsunción en las bases de la economía, indicando que “esta función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito”.

Durante la década de los 90, este título vivió su emancipación, tanto material como funcional: en primer lugar, con su aplicación ya autónoma —es decir, sin necesidad de apuntalarlo con otros títulos— a los derechos del Capítulo III del Título I de la Constitución, como hizo en materia de prestaciones asistenciales a la tercera edad en la STC 13/1992, de 6 de febrero; en segundo lugar, con su perfilamiento funcional diferenciado de los títulos básicos, en la STC 61/1997, de 20 de marzo, a propósito de la propiedad del suelo. Lo primero ampliaba el campo material de este título igualador hasta los derechos constitucionales más necesitados de él, y lo segundo impedía utilizarlo para ocupar los sectores materiales correspondientes, invadiendo las competencias autonómicas.

Desde entonces, fallos posteriores han vuelto a desdibujar este título competencial y confundir el panorama. No es este el lugar para su análisis. En lo que aquí importa —es decir, en materia de vivienda— nunca ha llegado a aplicarse autónomamente. Y el camino parecía hasta ahora cerrado, puesto que el Alto Tribunal ni siquiera concebía últimamente al artículo 47 de la Constitución como un derecho subjetivo, sino solo como un “mandato o directriz” (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6) o un principio rector, eso sí, conectado con derechos fundamentales de libertad: “Por una parte, la vivienda, cuya protección se configura como un principio rector de la política social y económica en el art. 47 CE, constituye, especialmente en el caso de la vivienda habitacional, el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de

varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)” (STC 37/2022, de 10 de marzo, Cataluña). Esta doctrina provoca perplejidades que es necesario subrayar, como que el artículo 47 CE pueda proteger otros bienes distintos de la que llama “vivienda habitacional” (¿quizás las segundas residencias o las mal llamadas “viviendas turísticas”?) o que disfrutar de una vivienda no constituya un derecho *per se*, pero sea imprescindible para ejercer varios derechos fundamentales y hasta para disfrutar de la propia dignidad humana.

En mi opinión, solo los inmuebles cuyo uso sea la habitación o residencia habitual son “una vivienda” a los efectos del artículo 47 de la Constitución, y la proclamación que este hace de un “derecho” no es un *flatus vocis*, por más que dicho derecho sea de configuración legal (art. 53.3 CE). Un derecho y no otra cosa es lo que la Constitución manda configurar al legislador, por lo que el estatal puede regular las condiciones básicas de la igualdad en su ejercicio.¹⁵ ¿Dónde quedan si no la dignidad y el libre desarrollo de las personas vulnerables que carezcan de vivienda, si también se les puede negar la capacidad para exigirla? Seguimos leyendo la Constitución social con los *anteojos* del jurista liberal,¹⁶ con los que negamos derechos de prestación sobre bienes existenciales, básicos y necesarios para el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad, el disfrute de nuestra dignidad y el libre desarrollo de nuestra personalidad.

5. La hipertrofia de la dimensión objetiva económica y el artículo 149.1.13.^a CE

“De otro lado, la vivienda constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado —el mercado inmobiliario—, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado” (*ibidem*).

15. Más ampliamente, Vaquer, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, 23, 46-52. Para una panorámica de las distintas posiciones doctrinales al respecto, pueden verse López Ramón, “El derecho subjetivo a la vivienda”, 50-62, e Iglesias, “Distribución competencial entre el Estado, comunidades autónomas y las entidades locales en materia de vivienda”, 49-54.

16. Vaquer, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, 43.

A partir de esta consideración, el Estado puede establecer “elementos básicos de la regulación del sector de la vivienda”, a la que se concibe como “un subsector importante de la economía, admitiéndose como constitucionalmente legítimo que, aun cuando la competencia en materia de vivienda corresponda a las comunidades autónomas, el Estado señale, si lo considera necesario, ciertas directrices de la ordenación de este segmento de la economía”, sentenció el Tribunal Constitucional en el caso ya citado de Andalucía (STC 93/2015, de 14 de marzo, FJ 17) en el que el Estado no solo invocaba en su favor la competencia sobre legislación procesal por la que lo hemos traído antes a colación, sino también —y sobre todo— los títulos económicos sobre las bases de la ordenación del crédito, la banca y los seguros, las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica y la hacienda general y la deuda del Estado, por los que se decanta claramente la fundamentación de la Sentencia.

Ahora bien, esta doctrina constitucional confunde la vivienda con el sector inmobiliario como bienes constitucionales.¹⁷ En lo competencial, esta confusión produce un efecto “recentralizador” que ha sido denunciado en el voto particular del magistrado Xiol Ríos y, en la doctrina, por Tornos Mas. Y, desde un punto de vista dogmático, supedita un derecho social a las necesidades de la economía, como han advertido Quintiá Pastrana y Tejedor Bielsa.¹⁸

La Constitución española no reconoce ni protege expresamente a la vivienda como un sector económico, sino como un derecho o —en todo caso y para quienes sigan recelando de su dimensión subjetiva— un principio rector que tutela su disfrute en condiciones dignas y adecuadas para las personas (art. 47 CE). Si el Estado considera necesario legislar en la materia para regular unas condiciones mínimas que aseguren su disfrute a los más vulnerables o necesitados —máxime si para ello precisa delimitar el contenido de la propiedad conforme a la función social residencial que cumple, puesto que no cabe duda

17. Esta confusión no es exclusivamente imputable al Alto Tribunal, sino más bien tributaria de la tradición española en la materia, que ha hecho mucha más política inmobiliaria —orientada a fomentar la inversión y el empleo en el sector— que no genuina política de vivienda, como he razonado en Vaquer, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, 125-127, y de nuevo en *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, 13-16.

18. Tornos, “La dignidad humana y el derecho a una vivienda digna”, 61; Quintiá, “El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización”, 229; Tejedor, “A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero”, 15.

alguna que la propiedad sí constituye un derecho constitucional “en sentido estricto” a estos efectos¹⁹, debería hacerlo al amparo del art. 149.1.1.^a CE y no del art. 149.1.13.^a CE,²⁰ como ya preconizó Rubio Llorente en su inspirador voto particular a la STC 152/1988, sobre la que volveremos de inmediato.

Es portentosa la *vis expansiva* atribuida por nuestra jurisprudencia constitucional a las bases de la ordenación de la actividad económica en materia de vivienda. Acabamos de constatar su capacidad para enmarcar —o bloquear— ciertas medidas de tutela a los colectivos más vulnerables, pero también despliega capacidad para penetrar en la actividad administrativa de fomento de la vivienda, pese a que ya sabemos que la misma constituye un “objeto fundamental” de la competencia autonómica sobre vivienda (STC 37/2022, cit., FJ 4).

Como ya afirmara la seminal STC 152/1988:

dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y, en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su muy estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo. De otro lado, en cuanto que esta actividad de fomento de la construcción de viviendas queda vinculada a la movilización de recursos financieros no solo públicos, sino también privados, no puede hacer abstracción de las competencias estatales sobre las bases de la ordenación del crédito.

El Estado —según la misma Sentencia— puede destinar al sector de la vivienda su poder de gasto (*spending power*) pero ello no constituye un título

19. La regulación de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de la propiedad “puede expresarse, por ejemplo, en la fijación de ciertas limitaciones y servidumbres a fin de evitar una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas de los terrenos e inmuebles de su titularidad” [SSTC 149/1991, FJ 8; 227/1988, FJ 8 y 61/1997, FJ 9a), por la que cito].

20. Vaquer, *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, 34; nuevamente en “La exangüe competencia autonómica en materia de vivienda”.

competencial, sino que deberá hacerse de conformidad con el reparto competencial en la materia:

el Estado puede aportar recursos vinculados al ejercicio de sus competencias materiales y en garantía de su efectividad. Por el contrario, no está legitimado para fomentar cualquier actividad en materia de vivienda, regulándola directamente, sino en tanto y en cuanto las medidas de fomento se justifiquen por razón de sus atribuciones sobre las bases de la planificación y la coordinación de la actividad económica y sobre las bases de ordenación del crédito. Si se admitiera una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte del Estado se produciría, junto a la indicada alteración del sistema competencial, una distorsión permanente del sistema ordinario de financiación autonómica.

En concreto, dentro de la normativa de financiación a la vivienda [...], es preciso distinguir cuatro aspectos inherentes a la finalidad de promoción que persiguen las medidas arbitradas [...]. En primer lugar, la definición misma de las actuaciones protegibles, que constituye el núcleo de las medidas consideradas. En segundo término, la forma de protección, en este caso la regulación esencial de las fórmulas de financiación adoptadas —créditos cualificados, subsidiación de préstamos y subvenciones—, sin la cual el fomento de aquellas actuaciones carece de eficacia, así como la finalidad específica de las mismas. A continuación, y como parte de esa regulación esencial, el nivel de protección que se intenta alcanzar u ofrecer en cada caso. Por último, la aportación misma de recursos estatales que permitan realizar las correspondientes actuaciones, en cuanto que garantía de la política económica general, relativa al sector de la vivienda. Como expresión de esta última, la regulación estatal de cada uno de estos cuatro aspectos no invade competencia autonómica alguna, pues se halla legitimada por lo dispuesto en el art. 149.1.13 de la Constitución, así como, por lo que hace a la financiación privada de tales actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.11, puesto que se traduce en la disciplina de uno de los préstamos de regulación especial computables por las entidades financieras.

Y todo ello, según esta doctrina, no vacía la competencia autonómica sobre vivienda, para la que quedan abiertos dos espacios: de un lado, “definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos” y, de otro, “las comunidades autónomas deben contar con un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio” y ejercer

“las competencias de gestión, en cuanto a la calificación de las viviendas y a la concesión o la denegación del derecho a la subvención”.

6. La ataxia del derecho constitucional a la vivienda. Situación actual y perspectiva de futuro

La vivienda es un bien jurídico fundamental y complejo, y el derecho (presencial) a la vivienda un mandato de optimización cuyo cumplimiento requiere coordinar diversos títulos competenciales.

El Tribunal Constitucional ha dicho mucho más sobre el art. 148.1.3.^a CE y concordantes que sobre el art. 47 CE, ya que casi siempre que ha abordado la materia ha sido en conflictos en los que se discutía la distribución competencial. Ahora bien, en su interpretación de los títulos competenciales, la doctrina del TC ha sesgado claramente la comprensión dogmática del derecho constitucional a la vivienda, dando preeminencia a su dimensión objetiva sobre la subjetiva y a la económica sobre la social. En síntesis, ha hecho prevalecer su consideración como sector económico a como derecho subjetivo.

Esta jurisprudencia ha mutado una competencia plena y exclusiva en una competencia compartida, en la que el título autonómico ha quedado muy menguado en torno a la actividad administrativa de fomento de la vivienda: “La competencia exclusiva a la que alude el art. 137 EAC tiene por objeto fundamental, tal como pone de manifiesto el tenor del propio precepto estatutario, el desarrollo de políticas públicas en materia de vivienda, centradas en la actividad administrativa de ordenación y fomento del sector” (STC 37/2022, *cit.*).

En el cuerpo de este trabajo ya se han destacado algunas paradojas provocadas por esta doctrina constitucional, tanto por lo que se refiere a su interpretación de la parte organizativa como de la parte dogmática de la Constitución: como competencia, la vivienda es un título exclusivo autonómico pero no “autónomo” y, como bien jurídico, su disfrute no es un derecho constitucional pero sí es “imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad”.

La proclamada falta de autonomía del título competencial autonómico sobre vivienda y la generosa proyección atribuida a los títulos competenciales del Estado sobre la materia (señaladamente, al amparo del artículo 149.1.13.^a CE) deja un amplio campo al legislador estatal, que apenas había ocupado incidentalmente, al contrario de lo ocurrido históricamente en la vecina materia del suelo (también objeto de los artículos 47 y 148.1.3.^a CE). Así ha sido hasta ahora, que ha promulgado la ya citada Ley por el derecho a la vivienda.

Por otra parte, de la complejidad competencial descrita se deriva una complejidad dispositiva que ejemplifica bien esta Ley porque, como ha expuesto Francisco Velasco, “se compone de preceptos con *texturas muy diversas*, tanto por su contenido como por sus efectos”,²¹ que lastran, *a priori*, su eficacia material.

Pensemos nuevamente en el régimen de las zonas de mercado residencial tensionado contenido en su artículo 18 —que configura el concepto y disciplina su declaración— y concordantes. ¿Qué libertad de configuración o margen de apreciación tienen las “administraciones competentes en materia de vivienda” para su desarrollo y ejecución? Si se tratara de una condición básica de la igualdad no sería, en puridad, susceptible de desarrollo, sino solo de ejecución, mientras que si fuera una base económica debería dejar cierta autonomía para su desarrollo. Pues bien, la configuración que de ellas hace el Proyecto hibrida ambos tipos normativos: de un lado, por ejemplo, deja a las comunidades autónomas determinar quiénes son las administraciones competentes para la declaración de las zonas (si ellas y/o las entidades locales) y cuáles son las actuaciones públicas en materia de vivienda que se desarrollarán en ellas, como sería propio de una legislación básica, pero, de otro lado, determina bastante pormenorizadamente el procedimiento de declaración, su periodo de vigencia, así como las circunstancias justificantes de dicha declaración, dejando nulo o muy escaso margen para su desarrollo o adaptación.

Lo que sí diferencia netamente la Ley es la consecuencia jurídica que dicha declaración despliega sobre la libertad de pactos en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual. Me refiero a la prórroga extraordinaria y las limitaciones al incremento de la renta en los nuevos contratos introducidas por la disposición final primera en los artículos 10.2 y 17 de la Ley de arren-

21. Velasco, “Complejidad competencial y diversidad de formas normativas”, 63.

damientos urbanos, que regula plenamente y califica como legislación civil, conforme a la jurisprudencia constitucional de la que hemos dado cuenta más atrás.

El resultado es una combinatoria ciertamente compleja e imprecisa de títulos competenciales para dar cobertura a este grupo de normas. Veamos:

- a) Su supuesto de hecho (la declaración de la zona de mercado residencial tensionado) es una base de la ordenación de la actividad económica o una condición básica de la igualdad en el ejercicio de algún derecho constitucional (¿la propiedad?, ¿la libertad de empresa?, ¿la vivienda?) cuya ejecución se pone potestativamente en manos de las Administraciones competentes en materia de vivienda.
- b) Su consecuencia jurídica principal es una regla imperativa de la legislación civil, la prórroga extraordinaria o la limitación de rentas en los contratos de arrendamiento (disposición final 1.^a).
- c) Sin embargo, también tiene otras consecuencias que nos devuelven al terreno de las bases o condiciones básicas de la igualdad, según la disposición final séptima de la Ley, como la apertura de cierto margen a las comunidades autónomas para “particularizar” la definición de gran tenedor (art. 3 k), la añadidura al derecho de propiedad de la vivienda de un deber adicional de colaboración con la administración y suministro de información (arts. 11.1.e y 19), el cierre —en sentido, pues, contrario a lo primero— del margen general que tienen las leyes urbanísticas autonómicas para permitir destinar a otro uso público o de interés social o cumplir de otro modo el deber de ceder una parte del suelo con aprovechamiento lucrativo con destino a patrimonio público de suelo (art. 15.1.e), el deber de la administración competente de redactar (*sic*) un plan específico con medidas correctoras (art. 18.4) o ciertos deberes adicionales de información del propietario y, en su caso, el intermediario, con anterioridad al arrendamiento y, en todo caso, en el contrato (art. 31.3).²²

22. La disposición final séptima de la Ley atribuye la cobertura de este último precepto al art. 149.1.1.^a y 13.^a CE, pero debe tenerse presente que el apartado tercero del art. 31, al que nos referimos, no figuraba en el Proyecto de Ley y fue añadido por la Ponencia del Congreso, mientras que suprimía los anteriores artículos 32 a 36, a los que daba cobertura el art. 149.1.8.^a

- d) Por lo demás, despliega alguna eficacia sobre la gestión patrimonial del Estado (disposición adicional 2.^a) y eleva los beneficios fiscales al arrendamiento de vivienda (disposición final 2.^a).

Mediante este alambicado juego, ya hemos comentado que el legislador estatal abre a las comunidades autónomas cierto espacio competencial que tenía reservado, porque no está constitucionalmente compelido a ocupar de forma completa y plenamente uniformadora toda la materia que le reserva el bloque de la constitucionalidad tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional. Como ya hemos visto, esta técnica de compartición de la competencia territorialmente superior evoca —a pequeña escala— a otras que se emplean en otros países, desde la *devolution* del Reino Unido a las *Öffnungsklauseln in Bundesgesetzen* de Alemania. Estas cláusulas de apertura introducen más complejidad, en suma, solo que ahora descentralizadora, pero también más flexibilidad y deferencia en el ejercicio por el Estado de sus títulos competenciales prevalentes, operando como bisagras que facilitan su articulación con las competencias autonómicas con las que concurren.

Contra la Ley 12/2023 se han presentado varios recursos de inconstitucionalidad,²³ que brindarán una nueva ocasión para volver sobre la doctrina constitucional aquí comentada y confirmarla, desarrollarla, matizarla o corregirla. A los efectos de su futuro control de inconstitucionalidad, se pueden distinguir tres bloques de preceptos en la Ley:

- a) Los que se asientan directamente en la doctrina ya asentada del TC, como las modificaciones de preceptos del Texto Refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, que ya han recibido una declaración expresa de constitucionalidad. Se trata de materias sobre las que la competencia estatal ya ha sido declarada, si bien en algunas de ellas el legislador introduce ulteriores precisiones —por ejemplo, el carácter permanente de

CE, sin adaptar debidamente la numeración de la mencionada disposición final, que ahora atribuye la condición de legislación civil a preceptos que claramente no lo son.

23. Han sido admitidos los presentados por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados (n.º 5514-2023), por el Parlamento de Cataluña (n.º 5580-2023) y por los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas de Andalucía (n.º 5491-2023), Illes Balears (n.º 5516-2023) y Madrid (n.º 5518-2023), por violación de las competencias autonómicas y, en el caso del primero, también del derecho de propiedad, del derecho a la tutela judicial efectiva y de la autonomía local.

la calificación del suelo para vivienda protegida o el deber de destinar al alquiler su mitad, contenidos en las letras c) y d) del art. 15.1— cuyo alcance básico podría ser cuestionado.

- b) Los que se asientan inversamente en la doctrina del TC, como los relativos a los efectos de la declaración de zona tensionada sobre los contratos de arrendamiento o a la protección de arrendatarios o hipotecados vulnerables en los procesos de desahucio, respecto de los que el Tribunal Constitucional ya ha anulado preceptos análogos de la legislación autonómica por entender que la competencia prevalente es la de legislación civil o procesal, respectivamente, y está reservada al legislador estatal. También aquí hay una razonable certidumbre competencial, salvo que el Alto Tribunal innove la doctrina ya sentada al respecto.
- c) Los más innovadores, como los que enmarcan las políticas públicas de vivienda sin precisar si son condiciones básicas de la igualdad o bases en la disposición final 7.^a.1 de la Ley. Es el caso, entre otros, de la declaración de zonas de mercado residencial tensionado de los artículos 18 y siguientes que, como sabemos, despliega variados efectos. Aquí se fuerza la creación de nueva doctrina del TC y, por tanto, el resultado de su juicio de constitucionalidad es más incierto.

Más allá de cuál sea el resultado concreto de este nuevo debate competencial, debería llamarnos a la reflexión, en primer lugar, que cuarenta años después de la promulgación de la Constitución y de los primeros estatutos de autonomía, siga despertando tanta litigiosidad una materia competencial cuya distribución se ha mantenido invariada todo este tiempo, y, en segundo lugar, que, siendo tan inciertos los contornos de la competencia en la materia, lo sean todavía más los del derecho constitucional a la vivienda.

El derecho a la vivienda ha merecido las más elevadas declaraciones de estima del Tribunal Constitucional, que lo ha calificado como “de la máxima relevancia”, pero sin apenas precisiones sobre su objeto y alcance. ¿Qué significa la locución “una vivienda digna y adecuada” del artículo 47 CE?, es decir, ¿qué caracteriza a una vivienda como forma de alojamiento y qué determina su dignidad y adecuación a las personas que la habitan? Ya sea principio, derecho o ambos, la vivienda es un bien constitucional apenas conceptualizado por el máximo intérprete de la Constitución. Ocasiones ha tenido, como hemos visto. No obstante, sigue faltando a la vivienda lo que para el medioambien-

te supuso la STC 102/1995, de 26 de junio. El fallo de los recursos contra la Ley por el derecho a la vivienda ofrecerá una oportunidad inmejorable para cubrir este hueco en la interpretación constitucional y asentar un bien constitucional de tanta relevancia.

Bibliografía

- Arias Martínez, María Antonia. “Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 11 (2019).
- Bassols Coma, Martín. “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978”. *Revista de Derecho Urbanístico* 85 (1983).
- Cerdá, Ildefonso. *Teoría general de la urbanización*. Tomo I. Madrid: Imprenta Española, 1867.
- Iglesias González, Felipe. “Distribución competencial entre el Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”. *Cuadernos de Derecho Local* 59 (2022).
- Jornet, Sebastià. “La necesidad de repensar el planeamiento urbanístico y territorial”. *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales* 217 (2023).
- López Ramón, Fernando. “El derecho subjetivo a la vivienda”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 102 (2014).
- Ponce Solé, Juli. “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda”. *Revista d’Estudis Autònomic i Federals* 7 (2008).
- Ponce Solé, Juli, y Domènech Sibina Tomàs, coords. *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2008.
- Quintía Pastrana, Andrei. “El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización”, *Revista Vasca de Administración Pública* 109 (2017).
- . *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad. Las medidas públicas de protección frente a la emergencia social*. Pamplona: Aranzadi, 2022.
- Solozábal Echavarría, Juan José. “Sobre la *devolution* del Reino Unido (*Letter from London*)”. *Revista General de Derecho Constitucional* 1 (2006).
- Tejedor Bielsa, Julio. “A vueltas con las competencia sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero”. *Práctica urbanística* 151 (2018).
- Tornos Mas, Joaquín. “La dignidad humana y el derecho a una vivienda digna”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 61-62 (2016).
- Vaquer Caballería, Marcos. “Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 48 (2014).

- . *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Madrid: Iustel, 2011.
- . “La exangüe competencia autonómica en materia de vivienda”. En VV. AA., *Informe Comunidades Autónomas 2021*. Barcelona: IDP, 2022.
- . “El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia”. *Cuadernos de Derecho Local* 59 (2022).
- Vaquer Caballería, Marcos, Juli Ponce Solé, y Rafael Arnaiz Ramos. *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016.
- Velasco Caballero, Francisco. “Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el Derecho a la vivienda”. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 8 (2023).

La protección social en el Estado autonómico

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid
(España)

Social Protection in the Autonomous State

ABSTRACT Social assistance as a general form of social protection must be differentiated from social assistance as a specific power exercised by Spain's autonomous regions through the Social Security System. In addition, the exercise of regional powers in the area of social assistance is affected by other State powers, such as those recognised in Art. 149.1.1 of the Spanish Constitution (CE in Spanish) on the basic conditions that guarantee equal exercise of constitutional rights and in Art. 149.1.13 CE on the bases and coordination of general economic planning; or the State power regarding public expenditure. The latter, although not strictly a specific power, enables the State to use its funds for any purpose. Likewise, certain constitutional precepts, such as that contained in Art. 139.1 CE, can have an impact on the exercise of the autonomous communities' powers in the area of social assistance, which could imply a substantive limitation on their exercise.

KEYWORDS social protection; social assistance; State with autonomous communities; spending power; welfare state; equality.

RESUMEN La asistencia social como especie de la más genérica protección social debe ser diferenciada de aquel otro título que es igualmente concreción de la protección social y que se desarrolla mediante el Sistema de Seguridad Social. Pero, además, sobre el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de asistencia social inciden otros títulos competenciales estatales como el reconocido en el art. 149.1.1 CE sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales; el reconocido en el art. 149.1.13 CE sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica; o la potestad estatal de gasto público que, aun no siendo propiamente un título competencial, habilitaría al Estado para dedicar sus fondos a cualquier finalidad. Igualmente, sobre el ejercicio de la competencia autonómica en materia de asistencia social incidirían determinados preceptos constitucionales como el recogido en el art. 139.1 CE que puede llegar a suponer una limitación sustantiva a su ejercicio.

PALABRAS CLAVE protección social; asistencial social; Estado autonómico; potestad de gasto; Estado social; igualdad.

Artículo recibido el 29/1/2024; aceptado el 20/3/2024.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+i 2020 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado "El control y responsabilidad política en el Estado constitucional, con especial referencia al Parlamento en el contexto multinivel" (PID2019-104414GB-C31), cuyo investigador principal es José Tudela Aranda.

1. Introducción

La jurisprudencia constitucional se ha referido al carácter complejo de lo que ha denominado la materia “protección social”. Materia que sería central en un Estado social como es el nuestro, y que puede desenvolverse, según el Tribunal Constitucional, tanto en el ámbito de la Seguridad Social como en el ámbito de la asistencia social.¹

Así, en efecto, cabría identificar un concepto amplio de *protección social* que tendría como propósito o finalidad atender a las situaciones de necesidad específicas sentidas por grupos de población² y que se implementaría, a su vez, tanto mediante el Sistema Público de Seguridad Social —al que se refieren los artículos 41 de la Constitución española (CE) y 149.1.17 CE—, como mediante aquellos mecanismos protectores ajenos a tal Sistema y que se englobarían, en principio, bajo el concepto de asistencia social —al que se refiere el art. 148.1.20 CE—.

En materia de Seguridad Social, el referido art. 149.1.17 ha reservado al Estado la competencia sobre “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas”,³ lo cual permite que las comunidades autónomas puedan estatutariamente asumir competencias en materia de desarrollo de las bases y ejecución de los servicios de la Seguridad Social.

A la asistencia social como materia competencial se refiere específicamente la Constitución en el referido art. 148.1.20 CE cuando enumera aquellas materias sobre las que pueden ser asumidas competencias estatutariamente por las comunidades autónomas desde el inicio mismo del desarrollo del estado autonómico sin necesidad de tener que dejar transcurrir, por tanto, el plazo de cinco años al que se refiere el apartado 2 del artículo 148 CE.

1. STC 36/2022, de 10 de marzo, FJ 4.

2. Y distintas a aquellas necesidades que ya se encontrarían cubiertas por títulos competenciales más específicos como la sanidad o la educación.

3. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el art. 41 CE establece el deber de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social, pero “no es un precepto apto para atribuir o distribuir competencias”, y de ahí que esta previsión se caracterice por su “neutralidad competencial” (STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 3).

La asistencia social, con tal denominación o denominaciones equivalentes, ha sido asumida estatutariamente como competencia exclusiva autonómica en los distintos estatutos de autonomía. Así, por ejemplo, la asunción competencial en materia de asistencia social se ha producido en el artículo 26.1.23 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid cuando se refiere a la competencia exclusiva sobre la promoción y la ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación; pero también mediante la más amplia referencia en el artículo 166.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) a la competencia exclusiva en materia de “servicios sociales”, que incluye, en todo caso, entre otros contenidos, “a) La regulación y la ordenación de la actividad de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública”.⁴

La asistencia social como especie de la más genérica protección social debe ser diferenciada, por tanto, y, en primer lugar, de aquel otro título competencial que es igualmente concreción de la protección social y que se desarrolla mediante el Sistema de Seguridad Social (a ello dedicaremos el apartado II).

Además, sobre el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de asistencia social inciden otros títulos competenciales estatales como el reconocido en el art. 149.1.1 CE sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (examinado en el apartado III); el reconocido en el art. 149.1.13 CE sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (analizado en el apartado IV), o la potestad estatal de gasto público que, aun no siendo propiamente un título competencial, habilitaría al Estado para dedicar sus fondos a cualquier finalidad (apartado V). Igualmente, sobre el ejercicio de la competencia autonómica en materia de asistencia social incidirían determinados preceptos constitucionales como el recogido en el art. 139.1 CE (a cuyo examen dedicaremos el apartado VI), que puede llegar a suponer una limitación sustantiva a su ejercicio.

4. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que sobre la asistencia social ostenta competencias la Generalitat de Cataluña en virtud de lo dispuesto en el art. 166 EAC [STC 36/2022, de 10 de marzo, FJ 4].

2. La promoción de la protección social a través de las competencias sobre Seguridad Social y sobre asistencia social

Una vez establecido que la protección social se promueve y desarrolla tanto a través de la Seguridad Social como a través de la asistencia social,⁵ se hace necesario deslindar el contenido de ambos conceptos, pues si bien ambos coadyuvarían a promover la referida protección social, la distribución de competencias sobre los mismos es distinta.⁶

2.1. Un criterio de determinación del contenido de la competencia sobre la asistencia social: aquello que no se incluya en el Sistema de Seguridad Social

En relación con la noción material de “asistencia social” el Tribunal Constitucional ha señalado que la misma “no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente”. Así, para determinar el contenido de la asistencia social, para el Tribunal Constitucional sería necesario acudir a la legislación vigente de la cual cabe deducir la existencia de una asistencia social —a la que se referiría la remisión contenida en el art. 148.1.20 CE— que aparecería “como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas sentidas por grupos de población a los que no alcanza el Sistema de Seguridad Social”.

La asistencia social se definiría, por tanto, en la jurisprudencia constitucional como aquel mecanismo protector de situaciones de necesidad a las que no alcanza el Sistema de Seguridad Social y sería, por tanto, el negativo de la protección social realizada mediante el Sistema de Seguridad Social. Ello haría necesario identificar que situaciones de necesidad se encuentran protegidas por este sistema para determinar lo que le restaría a la asistencia social.

5. STC 36/2022, de 10 de marzo, FJ 4.

6. Un estudio clásico sobre la cuestión es el de Suárez Corujo, *La protección social en el estado de las autonomías*.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional habría señalado que esta asistencia social operaría mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social, siendo característica de la asistencia social “su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”.⁷ Así, desde una perspectiva histórica se habrían venido condicionado las actuaciones de la Seguridad Social a la previa contribución de sus beneficiarios mientras que, en el caso de la asistencia social, tal condicionamiento a la realización de una contribución previa no se produciría.

Sin embargo, de la jurisprudencia constitucional se desprende que esta perspectiva histórica habría quedado superada como consecuencia de que el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, habría supuesto apartarse de aquellas concepciones de la Seguridad Social en las que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias.⁸

Para el Tribunal Constitucional, la Constitución al establecer como finalidad de la Seguridad Social la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes, habría abandonado el principio contributivo como rasgo característico y esencial del Sistema de Seguridad Social. Así, si bien en el Sistema de Seguridad Social español actual se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto —señala el Tribunal— que, como consecuencia del mandato contenido en el art. 41 CE, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado —lo que, por su carácter público, la distinguiría de la clásica beneficencia⁹—, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad implicaría que las prestaciones de la Seguridad Social no se presenten ya —y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas— como prestaciones correspondientes y proporcionales

7. STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 7.

8. STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17.

9. STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4.

en todo caso a las contribuciones y las cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual.¹⁰

El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del Sistema de la Seguridad Social supone, para el Tribunal Constitucional, que este se configura como un régimen legal en el que tanto las aportaciones de los afiliados como las prestaciones que se deben dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca.¹¹

Por lo tanto, la Constitución habría recogido y consagrado en su art. 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como “una función del Estado”, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal.¹²

Ello habría llevado a la jurisprudencia constitucional a incluir también dentro del Sistema de la Seguridad Social prestaciones no contributivas que la propia jurisprudencia constitucional habría denominado asistencia social “interna” al Sistema de Seguridad Social y, por tanto, distinta a la “asistencia social” externa, que sería proporcionada por el nivel autonómico. A través de aquella asistencia social interna el Estado cumple el mandato que le encomienda el art. 41 CE de garantizar mediante un régimen público de Seguridad Social “asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”.

La jurisprudencia referida, superadora de la perspectiva histórica de la Seguridad Social, supone dejar en buena medida en manos del legislador estatal la

10. Así se recuerda en la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 6.

11. En este sentido, para el Tribunal Constitucional el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel.

12. STC 172/2021, de 7 de octubre, FJ 3.

determinación indirecta del alcance de la asistencia social que los estatutos de autonomía atribuyen como competencia exclusiva de las comunidades autónomas. En efecto, es el Estado el que al definir las prestaciones de la Seguridad Social determina lo que queda dentro y lo que queda extramuros del Sistema de Seguridad Social y puede, por tanto, en este segundo caso, ser propio de la asistencia social.

Así, por ejemplo, en el Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital —y en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre que deroga al anterior tras ser tramitado como proyecto de ley por el procedimiento del art. 86.3 CE—, es el legislador estatal el que habría decidido configurar una nueva prestación, el ingreso mínimo vital (IMV), como una prestación de la Seguridad Social cuando en el art. 2 de la Ley lo inserta en “la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva” y lo hace “sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias”.

Esta explícita configuración de la nueva prestación realizada por el propio Estado es la que determina para la STC 158/2021¹³ que, en el caso del IMV, la materia regulada por la norma impugnada sea Seguridad Social y no asistencia social, a pesar de que se trate de una prestación que tiene los mismos objetivos que las rentas mínimas autonómicas, pues el encuadre en la materia de Seguridad Social y no en asistencia social no lo determinaría el propósito de la ayuda, atender a una situación de necesidad,¹⁴ ni tampoco su carácter contributivo o no contributivo, sino que lo determinaría el hecho de que el Estado haya decidido configurar la prestación como una prestación no contributiva dentro del Sistema de la Seguridad Social.

13. Sobre algunas deficiencias doctrinales de la STC 158/2021 véase De la Quadra-Salcedo Janini, “La competencia sobre la gestión del Ingreso Mínimo Vital”. Dichas deficiencias doctrinales han sido corregidas, en la línea propuesta en el referido artículo, por la reciente STC 19/2024, de 31 de enero.

14. El art. 1 de la Ley define al IMV como una “prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas”.

Así, en efecto, para la STC 158/2021, el nuevo IMV —como en su día también señaló la STC 133/2019 en relación con el denominado subsidio extraordinario de desempleo—, responde a una concepción evolutiva y a la libertad de configuración del legislador estatal para modular la acción protectora de la Seguridad Social, lo que determina que el examen de la controversia relativa a la gestión del IMV, como también ocurrió en su día con la relativa a la gestión subsidio extraordinario de desempleo, la aborde el Tribunal desde la óptica de las competencias que reserva al Estado el art. 149.1.17 CE sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

Sería el Estado el que habría decidido configurar una concreta acción social, que hasta este momento se encontraba fuera de la acción protectora de la Seguridad Social y, por tanto, dentro de la competencia material sobre asistencia social, como una acción social que a partir de ahora entraría dentro de la referida acción protectora de la Seguridad Social, alterando, así, el título competencial de encuadramiento. Recuerda el Alto Tribunal que la Seguridad Social como “función de Estado” para atender situaciones de necesidad es un concepto evolutivo que puede ir más allá de la cobertura contributiva de la que el propio sistema partía.¹⁵

Frente a ello, cuestiona Vaquer que el Estado pueda crear cualquier prestación asistencial y configurarla como una prestación no contributiva de la Seguridad Social, pues si así fuera —mantiene—, ambos títulos competenciales (Seguridad Social y asistencia social) se podrían confundir en uno genérico sobre protección social, de carácter paralelo o indistinto, como ocurre con la cultura *ex* art. 149.2 CE. Para Vaquer “no es eso lo que dice nuestro bloque de la constitucionalidad en la materia que ahora nos ocupa, pues distingue la Seguridad Social como título competencial compartido y la asistencia social como título exclusivo autonómico”.¹⁶

Examinados los criterios jurisprudenciales de diferenciación entre la Seguridad Social y la asistencia social, se hace necesario examinar la distribución de competencias sobre cada una de ellas.

15. STC 239/2002, FJ 3.

16. Vaquer, “El ingreso mínimo vital desde la óptica del derecho público”.

2.2. La distribución de competencias en materia de Seguridad Social

El artículo 149.1.17 CE reserva al Estado la competencia sobre la “Legislación básica y [el] régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas”.

La jurisprudencia constitucional ha considerado como “materias competencialmente distintas”, por un lado, lo que denomina genéricamente Seguridad Social y, por otro, su régimen económico, y ha procedido a perfilar el deslinde entre los dos títulos competenciales reservados al Estado en el referido art. 149.1.17 CE.¹⁷

En cuanto al primero, sobre la legislación básica en materia de Seguridad Social, para el Tribunal “la determinación de una prestación de la Seguridad Social constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado *ex art. 149.1.17 CE* y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura”. Se subraya, así, la reserva al Estado de la competencia normativa sobre la creación de las nuevas prestaciones de la Seguridad Social.

Igualmente, para el Tribunal, quedaría dentro de la competencia del Estado sobre lo básico la fijación de los requisitos, el alcance y el régimen jurídico de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social —campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación, y acción protectora—.¹⁸

Asimismo, constituye una norma básica la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de Seguridad Social que corresponde establecer al Estado *ex art. 149.1.17 CE* y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura.¹⁹ Dicha competencia sobre la legislación básica en materia de Seguridad Social no excluye, en principio, que las CC. AA. puedan ostentar tanto competencias ejecutivas como competencias de desarrollo normativo de la legislación básica estatal.

17. Por todas, STC 195/1996.

18. STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 8.

19. STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 4.

En cuanto al segundo concepto reconocido como competencia del Estado en el art. 149.1.17 CE, el régimen económico de la Seguridad Social, para el Tribunal Constitucional la reserva competencial al Estado de tal régimen económico “puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario”.

Es decir, si el reconocimiento al Estado de la competencia sobre la legislación básica en Seguridad Social supone la capacidad del Estado de establecer una normativa unitaria sobre las prestaciones de seguridad social, la reserva al Estado de la competencia sobre el régimen económico de la Seguridad Social —sobre la denominada caja única— podría justificar la reserva al Estado también de actos ejecutivos.

La STC 124/1989 delimitó el alcance de esta segunda competencia estatal sobre el régimen económico de la Seguridad Social al resolver el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Así, frente a lo afirmado entonces por la Generalitat, el Tribunal Constitucional señaló que:

Del art. 149.1. 17.^a de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga solo potestades normativas. Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El designio perseguido con el acantonamiento del “régimen económico” dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de “un régimen público”, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1.^a de la Constitución).²⁰

Y continua el Tribunal señalando que “debe tenerse en cuenta a este propósito que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la

20. STC 124/1989, FJ 3.

Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del art. 149.1.17.²¹, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no solo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las comunidades autónomas”.²¹

Así, la reserva de la competencia estatal sobre el régimen económico de la Seguridad Social justifica que no solo comprenda la totalidad de las potestades normativas sino también las facultades de ejecución “necesarias para configurar un sistema materialmente unitario”.

En la más reciente STC 133/2019, el Tribunal Constitucional ha tratado de acomodar la reserva al Estado de la competencia sobre actos ejecutivos que se realiza en el art. 149.1.17 CE cuando se le reconoce la competencia sobre el régimen económico de la Seguridad Social, con el reconocimiento estatutario de competencias ejecutivas a las CC. AA., también en materia de régimen económico de la Seguridad Social, considerando que la previsión estatutaria relativa a la gestión autonómica del régimen económico de la Seguridad Social presenta un condicionamiento intrínseco a la propia noción del sistema de Seguridad Social:

las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social.²²

21. STC 124/1989, FJ 3.

22. La cuestión de si los actos ejecutivos de tramitación, reconocimiento y control del ingreso mínimo vital pueden afectar al régimen económico de la Seguridad Social si los realizan

Ello supone que la cuestión que debería haber sido respondida por el Tribunal Constitucional en la STC 158/2021 —que resolvió la controversia en relación con la competencia de gestión del ingreso mínimo vital— era la de si los actos ejecutivos de tramitación, reconocimiento y control de la nueva prestación podrían, si los realizasen las CC. AA. en virtud de sus competencias estatutarias ejecutivas no solo en materia de Seguridad Social, sino en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social, comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social, puesto que, si así lo hiciesen, se justificaría que la gestión se la reservase el Estado para evitar tales efectos.

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las comunidades autónomas podrán realizar aquellos actos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social que no comprometan la caja única ni el modelo unitario de Seguridad Social.

En la reciente STC 19/2024, de 31 de enero, se ha subrayado que para el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de gestión del régimen económico de la seguridad social se precisaría de la suscripción de los oportunos convenios pues es a dichos convenios a los que les correspondería especificar las concretas facultades que puede asumir una comunidad autónoma sin comprometer el modelo unitario de Seguridad Social, recordando que “el correcto funcionamiento del sistema autonómico depende en buena medida de que el Estado y las comunidades autónomas desarrollen fórmulas racionales de cooperación, acuerdo o concertación”.

Ciertamente, a tales convenios se refiere específicamente la disposición transitoria quinta del Estatuto de Autonomía del País Vasco cuando dispone que:

las CC. AA., en virtud de sus competencias estatutarias ejecutivas no solo en materia de Seguridad Social sino en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social, se examina en De la Quadra-Salcedo Janini, “La competencia sobre la gestión del Ingreso Mínimo Vital”.

La comisión mixta de transferencias que se crea para la aplicación de este Estatuto establecerá los oportunos convenios, mediante los cuales la comunidad autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios.

La STC 19/2024, de 31 de enero, FJ 3, extiende el sistema de convenios al resto de comunidades autónomas con competencias sobre el régimen económico de la Seguridad Social como mecanismo para acomodar dichas competencias autonómicas a la competencia del Estado sobre el régimen económico de la Seguridad Social.²³

2.3. La competencia exclusiva autonómica sobre asistencia social

La asistencia social se ha reconocido en los estatutos de autonomía como una competencia exclusiva de las comunidades autónomas que aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social. Sobre la asistencia social no aparece reconocida una competencia estatal en el listado del art. 149.1 CE.

Correspondería, por tanto, a las comunidades autónomas la competencia para diseñar sus propias políticas de asistencia social. Así, por ejemplo, quedaría dentro de la competencia autonómica de asistencia social la concesión de ayudas económicas complementarias a las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social,²⁴ el reconocimiento de prestaciones de jubilación, viudedad y orfandad a determinados colectivos no incluidos en el régimen de la Seguridad Social,²⁵ o el reconocimiento de cualquier ayuda o prestación de carácter asistencial.

23. Ciertamente cabría considerar que el convenio no es el único mecanismo que permite garantizar la caja única, con lo que cabría criticar, como ha señalado Moreno Ordoño, que la jurisprudencia constitucional haya extendido una previsión recogida en un estatuto de autonomía como una exigencia general aplicable al resto.

24. STC 239/2002, de 11 de diciembre, FFJJ 7, 8 y 9.

25. STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 6.

Sin embargo, y tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, si bien es cierto que son las comunidades autónomas las que tienen la competencia para diseñar su propia política de asistencia social, ello no significa que el Estado no pueda incidir en ella a través de sus títulos competenciales.²⁶

3. La capacidad del Estado de regular la asistencia social en virtud de la competencia reconocida en el art. 149.1.1 CE

El Estado podría incidir normativamente en la materia asistencia social a través de sus competencias transversales, como es el caso de su competencia sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos recogida en el art. 149.1.1 CE.

La caracterización constitucional de nuestro Estado como un Estado social de derecho (art. 1.1 CE) legitimaría aquellas interpretaciones de las competencias del poder central que permiten promover una uniformidad mínima en las condiciones de vida de los ciudadanos. Así, por ejemplo, la denominada uniformidad de las condiciones de vida aparece en la literatura jurídica alemana como una “necesidad” en “el desarrollo hacia el Estado social de derecho” y como expresión o huella del Estado social de derecho en la estructura federal.²⁷

En esta misma línea, en nuestro modelo de descentralización territorial, la jurisprudencia constitucional ha realizado una interpretación amplia de los títulos competenciales reconocidos constitucionalmente al Estado con fundamento en la caracterización de nuestro Estado como un Estado social.²⁸

26. STC 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 5.

27. Baño León, *Las Autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*.

28. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio del Estado social y democrático de derecho del art. 1.1 se refleja, a su vez, en una serie de disposiciones como el mandato del art. 9.2, que prescribe a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, y como el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo “reconocimiento, respeto y protección” informarán “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, según dice el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes

Así, la jurisprudencia constitucional viene reconociendo la cobertura que puede prestar la competencia recogida en el art. 149.1.1 CE sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos al fomento de políticas de asistencia social por parte del Estado.²⁹ Si bien la competencia en materia de asistencia social corresponde con carácter exclusivo a las comunidades autónomas, el Tribunal Constitucional ha considerado que es posible que el Estado incida en ella a través de la competencia transversal reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE que permitiría promover aquellos mandatos constitucionales recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, toda vez que se debe entender que los principios rectores de la política social y económica pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial recogida en el art. 149.1.1 CE.³⁰

Por lo tanto, los derechos a los que se refiere el art. 149.1.1 CE no serían solo los derechos subjetivos del Título I, sino también los principios rectores recogidos en aquel Título, dado que la cláusula del Estado social, que se desarrolla en especificaciones más concretas a través del reconocimiento de derechos sociales en los diferentes capítulos del Título I,³¹ debe proyectarse en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico por voluntad del constituyente.³² Así,

en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes [STC 19/1982, de 5 de mayo].

29. SSTC 33/2014, de 27 de febrero, FJ 4 y 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3. En esta línea, el Tribunal ha afirmado que “así también las subvenciones estatales pueden tender a asegurar las condiciones básicas de igualdad cuya regulación reserva al Estado el art. 149.1.1 CE, poniéndose, de este modo, el *spending power* estatal al servicio de una política de equilibrio social en sectores que lo necesiten, en ejecución de mandatos o las cláusulas constitucionales genéricas (art. 1.1 o art. 9.2 CE) que, aunque obligan a todos los poderes públicos, corresponden prioritariamente realizar a quien mayor capacidad de gasto tiene” (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7).

30. Esta jurisprudencia permite, así, superar la objeción planteada en su día por Lasagabaster cuando señalaba que el artículo 149.1.1 CE difícilmente puede encontrar aplicación en relación con las políticas sociales porque estas no están recogidas con el rango de derechos subjetivos en la Constitución. En Lasagabaster, “La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

31. Junto al mandato general del Estado social contenido en los arts. 1.1 y 9.2 CE, la Constitución recoge algunos mandatos sociales más precisos (en el capítulo II, pero también en el capítulo III dedicado a los principios rectores, del Título I), en línea con Böckenförde; ello tendría, como consecuencia y dada la vinculatoriedad de tales mandatos, una fijación de prioridad en beneficio de tales fines sociales frente a otros fines no mencionados expresamente. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, 82.

32. STC 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3.

la función a la que el Estado —junto a los demás poderes públicos— viene compelido por el art. 9.2 CE de promoción de la igualdad real del individuo y de los grupos en los que se integra, reafirmando la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE), implica una interpretación acorde con tal función de los títulos competenciales reconocidos al Estado en el art. 149.1 CE.

La caracterización de nuestro Estado como un Estado social, y su concreción a través del establecimiento de mandatos sociales más precisos, coadyuvaría a justificar las tendencias unificadoras que permitirían considerar la existencia en nuestro Estado de aquellos rasgos de lo que puede ser caracterizado como un Estado autonómico unitario en línea con la idea del Estado federal unitario desarrollada en su día por Konrad Hesse en relación con el Estado federal alemán.³³

Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado que es posible promover, a través de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE, mandatos no ya genéricos, sino específicos, recogidos en la Constitución como son los establecidos en el art. 50 CE, en relación con las personas mayores, o en el art. 49 CE, en relación con las personas discapacitadas, toda vez que se debe entender que los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la Constitución —entre los que se cuentan los recogidos en los citados arts. 49 y 50 CE— pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial *ex* art. 149.1.1 CE.³⁴

33. Recordemos que Hesse definió en su día el Estado federal alemán como un Estado federal unitario que se caracteriza por el desarrollo de una serie de tendencias unificadoras; a saber: una progresiva concentración de las tareas públicas en la Federación con la consiguiente pérdida de capacidad de decisión de los *Länder*, una creciente coordinación voluntaria ahí donde los *Länder* conservan la posibilidad de una conformación autónoma de sus propias políticas y una mayor participación de los *Länder* en los asuntos de la Federación a través de un órgano federal, el *Bundesrat*. Hesse, “El Estado federal unitario”.

La idea del Estado federal unitario se puede, según Michael, sintetizar de la siguiente forma: lo típico del Estado federal alemán es que los *Länder* tienen pocas competencias legislativas pero mucha influencia en la legislación federal. Michael, “El Estado federal experimental”, 18-19. La caracterización que realiza Hesse le sirve a Schneider como punto de partida para subrayar la idea del federalismo cooperativo, que se expresa tanto en la participación de los *Länder* en el *Bundesrat* como en la coordinación voluntaria de los *Länder* también en el ámbito de sus propios campos competenciales, en Schneider, “El Estado federal cooperativo”.

34. STC 33/2014, de 27 de febrero, FJ 4.

Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando consideró que las facultades normativas en materia de pensiones asistenciales recogidas en la Ley, de 21 de julio de 1969, y en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio —previstas, por tanto, en normativa estatal previa a producirse el traspaso competencial a las CC. AA. en la materia asistencia social—, “encuentran claro apoyo competencial en el art. 149.1.1, en conexión con el art. 50, ambos de la Constitución, que habilitan al Estado para establecer normativamente los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles, en el presente caso, asegurando, con carácter general, una pensión asistencial mínima e idéntica para todos”.³⁵

Así ocurre, igualmente, con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que, para el Tribunal Constitucional, encajaría materialmente en el ámbito de la “asistencia social”, pero que se dicta por el Estado con fundamento en el art. 149.1.1 CE,³⁶ que le proporciona un título competencial que le permite reconocer derechos subjetivos de contenido prestacional en relación con la atención a la situación de dependencia.³⁷

En efecto, para el Tribunal Constitucional no cabe duda de que la Ley 39/2006 encaja materialmente en el ámbito de la “asistencia social”, lo que le ha llevado a descartar la aplicación del título competencial del art. 149.1.17 CE, no solo por haber sido expresamente excluido por el legislador estatal, al invocar exclusivamente el art. 149.1.1 CE y referirse a la atención a la dependencia como “una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del sistema de la Seguridad Social”, sino porque sus prestaciones no se integran en lo que la jurisprudencia constitucional ha calificado como asistencia social “interna” al sistema de Seguridad Social,³⁸ ya que, por el contrario, protegen situaciones de necesidad específicas mediante técnicas que actúan extramuros del referido sistema.

El reconocimiento estatutario de una competencia exclusiva a las comunidades autónomas en materia de asistencia social no impide, por tanto, el

35. STC 13/1992, FJ 14.

36. Suárez Corujo, *La protección social en el estado de las autonomías*.

37. Tal y como ha avalado la STC 18/2016, FJ 7b.

38. En la STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5.

ejercicio de las competencias del Estado *ex* art. 149.1 CE, sea cuando estas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o sea sobre el mismo objeto jurídico.³⁹ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha insistido que las competencias autonómicas sobre materias no incluidas en el art. 149.1 CE, aunque se enuncien como “competencias exclusivas”, no cierran el paso a las competencias estatales previstas en aquel precepto constitucional. Por tanto, y precisamente en relación con el artículo 166 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña que reconoce la competencia autonómica sobre servicios sociales, el Tribunal Constitucional ha reiterado que:

el enunciado de la competencia autonómica como exclusiva no enerva las diferentes competencias del Estado que puedan estar implicadas, debiendo insistir, no obstante, en que de ningún modo se precisa una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios.⁴⁰

Precisamente con aparente fundamento en el título competencial recogido en el art. 149.1.1 CE el Ministerio de Inclusión Social elaboró un Anteproyecto de Ley de condiciones básicas para la igualdad en el acceso y disfrute de los servicios sociales cuya tramitación ha quedado interrumpida por la convocatoria electoral de julio de 2023.

La exposición de motivos del referido Anteproyecto, tras señalar que el artículo 149.1.1 de la Constitución española otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de toda la ciudadanía en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, subraya que haciendo uso de esa competencia estatal y, al mismo tiempo, reconociendo que la competencia exclusiva en servicios sociales está en las comunidades autónomas, “esta ley no define un suelo común mínimo en la atención por parte de servicios sociales, sino que establece un proceso de toma colegiada de decisiones de aquello que ha de constituir el suelo mínimo común”.

En esta línea, el artículo 17.1 del Anteproyecto dispone que “la Conferencia Sectorial de Servicios Sociales adoptará por acuerdo un catálogo común de

39. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 104.

40. De nuevo en la STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 7.

servicios y prestaciones esenciales que incluirá, al menos, los servicios y prestaciones básicas comunes al conjunto del territorio del Estado”.

El Anteproyecto supone un verdadero parto de los montes del que solo sale un pequeño ratón. Su ampuloso título anticipa el establecimiento normativo de unas condiciones básicas para la igualdad en el acceso y el disfrute de los servicios sociales, pero, sin embargo, ello no responde a la realidad de su contenido. Es cuando menos discutible que el Estado esté realmente ejerciendo la competencia del art. 149.1.1 CE sobre condiciones básicas que garanticen la igualdad, pues tales condiciones no se establecen realmente en la norma estatal. Se trata más bien del establecimiento de un procedimiento para acordar tal catálogo en la correspondiente conferencia sectorial, algo que es más propio del ejercicio de la competencia estatal recogida en el art. 149.1.18 CE sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas que de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE.

Ciertamente, el Anteproyecto es muy respetuoso con la autonomía política de las comunidades autónomas, pues no les impone el catálogo, pero a costa de renunciar a la posibilidad —igualmente conforme con la Constitución— de imponer un nivel común mínimo en el ámbito de la protección social.⁴¹

4. La capacidad del Estado de alterar el encuadre competencial de las ayudas asistenciales en virtud de la competencia reconocida en el art. 149.1.13 CE

Como se ha examinado en los epígrafes precedentes, la asistencia social sería una competencia autonómica para atender situaciones de necesidad específicas sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Estado podría —sin necesidad de incluir determinadas ayudas asistenciales dentro del propio Sistema de Seguridad Social y sin tampoco

41. Como se ha sostenido, si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha realizado una interpretación amplia de los títulos competenciales reconocidos constitucionalmente al Estado con fundamento en la caracterización de nuestro Estado como un Estado social, no es menos cierto que tal caracterización no debería actuar como un límite a las comunidades autónomas de establecer prestaciones sociales mejoradas. De la Quadra-Salcedo Janini, “El Estado autonómico social”.

incidir en la competencia autonómica en materia de asistencia social mediante la competencia transversal reconocida en el art. 149.1.1 CE— incidir normativamente en el régimen jurídico de aquellas ayudas cuando vincula su percepción al cumplimiento de determinadas condiciones que van más allá de la mera situación de necesidad. Así, cuando las ayudas o las prestaciones tengan un propósito que vaya más allá del puramente asistencial, el encuadre competencial de las mismas podría variar.

Ello es lo que habría ocurrido en los casos del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (conocido como Plan Prepara) y del programa de activación para el empleo (PAE).

El programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (Plan Prepara) era un programa establecido por la normativa estatal mediante el Real Decreto Ley 1/2011 y que, en la práctica, suponía fundamentalmente la entrega de 426 euros a determinadas personas en riesgo de exclusión social. Sin embargo, formalmente el programa estaba dirigido a cumplir un doble objetivo: “por un lado, paliar una situación real de necesidad y, por otro, reincorporar al mercado laboral a sus beneficiarios”.

Para ello, la normativa estatal reconocía dos tipos de derechos: de un lado, el derecho a realizar un itinerario individualizado y personalizado de inserción, así como el derecho a participar en medidas de políticas activas de empleo encaminadas a la recualificación y/o inserción profesional necesarias para que puedan incorporarse a nuevos puestos de trabajo y, de otro lado, el derecho a recibir una ayuda económica de acompañamiento (de unos 426 euros) hasta un máximo de seis meses y de acuerdo con los términos que la normativa establece.

La normativa condicionaba la percepción de la ayuda económica al seguimiento por parte del beneficiario de las denominadas políticas activas de empleo,⁴² así como que su continuidad como programa se hacía depender del porcentaje de tasa de desempleo existente.

42. La citada ayuda económica solo podrá reconocerse una vez iniciado el itinerario individualizado y personalizado de inserción, estando condicionada su percepción a la participación en el mismo, e insistiéndose en que el requisito imprescindible para el mantenimiento de su disfrute es la participación de las personas beneficiarias en las acciones de políticas activas

La prórroga del Plan Prepara mediante el Real Decreto Ley 1/2013, de 25 de enero, fue impugnada por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma del País Vasco por considerar que la gestión centralizada por parte del Estado de la ayuda económica de acompañamiento contemplada en el programa conculcaba la distribución competencial entre el Estado y la comunidad autónoma del País Vasco.

Ambas partes —tanto el Estado como el Consejo de Gobierno Vasco— coincidieron en el encuadre competencial de la controversia planteada, que situaban en la materia laboral a la que se refiere el art. 149.1.7 CE cuando atribuye al Estado la competencia sobre su legislación.⁴³ Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en su STC 100/2017, de 20 de julio, rechazó tal encuadramiento y encuadró la controversia competencial en el título competencial estatal recogido en el art. 149.1.13 CE sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, pues consideró que se trataba de ayudas encuadrables en la submateria de fomento del empleo.

Por un lado, rechazó que las ayudas tuviesen su encuadre en la competencia estatal sobre legislación laboral a la que se refiere el art. 149.1.7 CE, pues la propia doctrina del Tribunal Constitucional habría constreñido tal título a la regulación de “la relación laboral”, entendida como la relación que “media entre los trabajadores por cuenta ajena y las empresas dentro de cuyo ámbito de organización y dirección prestan sus servicios”, cuestión totalmente ajena a la previsión de una ayuda para desempleados.

Por otro lado, rechazó que las ayudas del Plan Prepara tuviesen su encuadre en la competencia sobre Seguridad Social a la que se refiere el art. 149.1.17 CE y que se citaba, junto a la competencia sobre legislación laboral, en la disposición final quinta del Real Decreto impugnado, pues el Tribunal Constitucional subrayó que el propio Estado no había incluido las ayudas dentro de la acción protectora de la Seguridad Social.

La STC 100/2017 señaló que se trataba “de medidas que inciden en el mercado de trabajo globalmente considerado, dando cumplimiento a la directriz

de empleo y de búsqueda de empleo que les propongan los Servicios Públicos de Empleo, quedando también obligadas a aceptar ofertas de empleo adecuadas, salvo causa justificada.

43. La propia disposición final quinta del Real Decreto Ley 1/2013 indica que dicho Real Decreto Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7 y 17 CE.

contenida en el artículo 40.1 *in fine* CE,⁴⁴ y que tienen tras de sí el respaldo competencial del artículo 149.1.13 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica”.⁴⁵ De este modo, “[el] Estado ostenta, pues, al amparo de su competencia sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), la facultad de adoptar medidas en materia de fomento del empleo que, en tanto no incidan en la regulación de la relación laboral, constituyen una materia distinta de la propiamente laboral a la que se refiere el artículo 149.1.7 CE”.⁴⁶

Tampoco se encuadrarían tales ayudas en la materia de “asistencia social”, pues el Alto Tribunal consideraba que se trataba de programas dirigidos a cumplir un doble objetivo: “por un lado, paliar una situación real de necesidad (lo cual es el objetivo de la asistencia social) y, por otro, reincorporar al mercado laboral a sus beneficiarios (objetivo más propio del fomento del empleo)”. Ambas vertientes se integran en un mismo programa unitario, nacido con el fin último de mejorar la situación del empleo en nuestro país (exposición de motivos del Real Decreto Ley 1/2011), siendo significativos los mecanismos que su regulación establece para condicionar la percepción de la ayuda económica al seguimiento de políticas activas de empleo, así como que su continuidad como programa se hace depender del porcentaje de tasa de desempleo existente. Ello determinaría que se encuadrara la cuestión en la materia “fomento del empleo” y, por ende, en el título recogido en el art. 149.1.13 CE.

Una vez encuadrada la controversia competencial en la materia de fomento del empleo y, por tanto, en el art. 149.1.13 CE, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resolvió la concreta controversia suscitada y determinó que, si bien la normación correspondía al Estado, la gestión de las ayudas correspondería a las comunidades autónomas. La STC 100/2017 recuerda que el Estado no puede ignorar que la competencia para la ejecución de las normas dictadas en virtud de la competencia estatal sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) corres-

44. Cuando dispone que los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo.

45. Con cita de la STC 22/2014, de 13 de febrero, FJ 4.

46. STC 100/2017.

ponde, en principio, a las comunidades autónomas, sin que el Estado pueda, en el ejercicio de su competencia normativa, desapoderar a las mismas de las competencias estatutariamente asumidas.⁴⁷ En este caso, de acuerdo con el artículo 10.25 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), la comunidad autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en materia de “[p]romoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco de acuerdo con la ordenación general de la economía”, por lo que la gestión de las ayudas del Plan Prepara le correspondería a la comunidad autónoma.

La misma doctrina se aplicó poco después por las SSTC 153/2017⁴⁸ y 156/2017,⁴⁹ esta vez al resolverse las controversias competenciales planteadas en relación con el denominado Programa de activación para el empleo (PAE) regulada en el Real Decreto Ley 16/2014, de 19 de diciembre.

En las referidas resoluciones se señaló, con remisión, a su vez, a lo establecido en la STC 100/2017, que nos encontraríamos ante unas medidas (tanto en el entonces “Plan Prepara” como en el actual “Programa de activación para el empleo”) que intentan incentivar la contratación de desempleados de larga duración en condiciones especialmente vulnerables, a través de acciones de políticas activas de empleo que faciliten su retorno al mercado laboral. Es por ello por lo que el Tribunal traslada, para la resolución de la impugnación del PAE, el encuadramiento competencial que realizó, con relación al “Plan Prepara”, en la citada STC 100/2017.

Partiendo del encuadramiento en la competencia del Estado reconocida en el apartado 13 del artículo 149.1 CE, se declara la inconstitucionalidad de aquellos preceptos que atribuyen al Estado (a través del SEPE) el reconoci-

47. Recuerda el Tribunal que, cuando la Constitución utiliza el término “bases” (así, en el art. 149.1.13 CE), está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester, un régimen común uniforme, unas reglas a partir de las cuales las comunidades autónomas que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas.

48. La STC 153/2017 resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma del País Vasco contra el Real Decreto Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el programa de activación para el empleo.

49. La STC 156/2017 resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma del País Vasco contra el Real Decreto Ley 1/2016, de 15 de abril, por el que se prorroga el programa de activación para el empleo.

miento, la concesión y el pago de la “ayuda económica de acompañamiento” del Programa de activación para el empleo.

Diferente suerte a la de los programas precedentes (Prepara y PAE) tuvo, sin embargo, el denominado subsidio extraordinario de desempleo.

En efecto, la STC 133/2019 resolvió sendos recursos de inconstitucionalidad acumulados promovidos por el Gobierno vasco contra diversas normas estatales.

El primer bloque normativo impugnado concierne a la gestión de la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el sistema nacional de garantía juvenil que suscriban un contrato de formación y aprendizaje que es encuadrado por la STC 133/2019 en la competencia del Estado sobre fomento del empleo que se incluye en el apartado 13 del artículo 149.1 CE.⁵⁰

El segundo bloque normativo impugnado afecta a la gestión estatal del denominado subsidio extraordinario de desempleo que es, sin embargo, encuadrado por la STC 133/2019 no en la competencia sobre fomento del empleo (art. 149.1.13 CE), sino en la competencia del Estado sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social reconocida en el apartado 17 del artículo 149.1 CE.

En esta ocasión, el Tribunal consideró que, frente al supuesto de las ayudas Prepara y PAE, el subsidio extraordinario de desempleo sí aparecía desde su creación incorporado a la acción protectora de la Seguridad Social, lo que se confirma tanto por su ubicación sistemática en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) como por su diseño legal, enmarcado en el modelo de protección por desempleo de nivel asistencial. La STC 133/2019 recordó que así lo señalaba el preámbulo del Real Decreto Ley 28/2018, que acentuaba esta característica al dotar al subsidio extraordinario de desempleo de vigencia indefinida. A pesar de señalarse la afinidad entre distintos elementos de los programas Prepara y PAE y del nuevo subsidio extraordinario de desempleo, el Tribunal, tras destacar los elementos diferenciales que presenta este último, lo encuadra en el art. 149.1.17 CE en lugar

50. En la STC 69/2018, de 21 de junio, el Tribunal ya se había pronunciado específicamente sobre el encuadramiento competencial de las medidas que conforman el sistema nacional de garantía juvenil, que quedó enmarcado en el art. 149.1.13 CE.

de en el art. 149.1.13 CE. Para el Tribunal Constitucional estamos ante una mutación del modelo, que repercute inevitablemente en el título competencial bajo el que debe examinarse la controversia. Así, el nuevo subsidio extraordinario de desempleo responde a una concepción evolutiva del sistema de la Seguridad Social y a la libertad de configuración del legislador para modular la acción protectora de aquel, lo que determina que el examen de la controversia competencial haya de abordarse desde la óptica de las competencias que atribuye al Estado el art. 149.1.17 CE en esta materia: “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas”.⁵¹

Recapitulando, el Estado ha sido capaz de alterar el encuadre competencial de las ayudas sociales no solo cuando ha decidido incorporarlas a la acción protectora de la Seguridad Social y, por tanto, las ha convertido en asistencia social “interna” al Sistema (ejercicio del art. 149.1.17 CE), sino también cuando ha condicionado las ayudas a la realización de determinados itinerarios, y, por tanto, las ha convertido en fomento del empleo (ejercicio del art. 149.1.13 CE).

51. En lo que hace específicamente a la competencia de gestión controvertida, el Tribunal tras determinar que corresponde “al Estado la gestión de las prestaciones por desempleo, en tanto que integrantes de la caja única de la Seguridad Social” señala que la previsión estatutaria recogida en el art. 18, apartados 2.b) y 4, y la disposición transitoria quinta del EAPV, relativa a la gestión autonómica del régimen económico de la Seguridad Social presenta, en todo caso, un doble condicionamiento. El primero es intrínseco a la propia noción del Sistema de Seguridad Social: “las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social”. El segundo tiene que ver con el modo en el que el propio Estatuto vasco recoge la competencia autonómica, pues lo dispuesto en el art. 18.2 b) EAPV no comporta su asunción *ope legis*. Como señala la STC 272/2015, de 17 de diciembre, el art. 18.2 b) EAPV “ha de ponerse en relación con la disposición transitoria quinta del Estatuto de Autonomía para el País Vasco. En su virtud la asunción por la comunidad autónoma del País Vasco de la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, “dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad”, precisa de la suscripción de los oportunos convenios en el seno de la comisión mixta de transferencias creada para la aplicación del Estatuto de Autonomía para el País Vasco”.

5. La capacidad del Estado de incidir en la asistencia social sin tener que ejercer título competencial alguno: el poder de gasto del Estado

Más allá de la capacidad del Estado de incidir en el encuadre competencial de las ayudas sociales a través de aquellos títulos competenciales reservados al Estado en el listado del art. 149.1 CE —caso de los apartados 13 y 17 del mismo— o de incidir en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de asistencia social a través del título competencial transversal reservada al Estado en el apartado 1 del art. 149.1 CE, el Estado puede adicionalmente actuar en materia de asistencia social sin título competencial alguno, esto es, mediante el ejercicio de su poder de gasto.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE), no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE),⁵² al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las comunidades autónomas que se vincula al desarrollo y la ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las leyes —art. 156.1 CE y art. 1.1 de la Ley Orgánica de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA)—.

Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera —de gasto, en este caso—, asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales —y, singularmente, los del capítulo III del título I y el art. 9.2 CE— que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su presupuesto en la acción social o económica.

Sin embargo, aun reconociendo esta capacidad del Estado de dedicar los fondos públicos a cualquier objetivo o finalidad, independientemente de si tiene o no título competencial, el Tribunal Constitucional ha subrayado, desde la STC 13/1992, que ello no excusa para que al ejercer tal poder de gasto deba el Estado ajustarse al orden constitucional de competencias tanto en la programación como en la ejecución de ese gasto. El Estado tiene la capacidad de

52. Desde la STC 13/1992, FJ 7.

dedicar sus fondos a cualquier finalidad u objetivo, pero no lo puede hacer de cualquier manera.

Así, para el Tribunal Constitucional, el Estado al asignar fondos públicos está sometido a determinadas restricciones derivadas de la distribución de competencias. De acuerdo con la STC 13/1992, “la facultad de gasto público, consecuencia lógica de la autonomía financiera, no es un título legitimador de la atribución de competencias”. El hecho de invertir fondos propios en una determinada actividad no es un título competencial propio, ni el solo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia el Estado *toda competencia sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la actividad de financiación*.

En definitiva, la persecución del interés general se ha de materializar “a través de”, no “a pesar de” los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución, excluyéndose, así, que el ámbito de competencias estatal pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas.⁵³

En la referida STC 13/1992, el Tribunal Constitucional estableció un esquema de delimitación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en cuanto al ejercicio de la potestad subvencional de gasto público —sobre materias sobre las que estas últimas tuviesen estatutariamente atribuidas competencias—, resumido en cuatro supuestos generales⁵⁴ que se fundan en el previo encuadramiento material de las ayudas objeto de concesión.

Los cuatro supuestos serían:

a) Supuesto de competencia exclusiva autonómica sin competencia estatal

Un primer supuesto se produce cuando la comunidad autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no tiene título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. Tal podría ser el caso de la asistencia social, cuando sobre la misma no concurre el ejercicio de una competencia estatal como es la del art. 149.1.1 CE, pues,

53. STC 13/1992, FJ 4.

54. Ciertamente existiría un quinto supuesto como es el de las materias sobre las que el Estado tenga competencias propias plenas (cooperación internacional e investigación), en cuyo caso tanto la normación como la gestión de las ayudas corresponderá al Estado.

de concurrir, dejaríamos de estar en el presente supuesto a) para estar en el supuesto b).

En este supuesto a), la STC 13/1992 dispuso que el Estado puede decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores, pues, como ya hemos señalado, el poder de gasto del Estado le permite dedicar sus fondos a cualquier finalidad. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Es decir, el Estado puede decidir, por ejemplo, dedicar fondos a la protección de la infancia o la integración de inmigrantes (subsectores en materia de asistencia social), pero sin una mayor concreción. Y, por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los presupuestos generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las comunidades autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos presupuestos generales del Estado.

b) Supuesto de competencia estatal horizontal (por ejemplo, artículos 149.1.13 o 149.1.1 CE) o básica (normas básicas) y competencia autonómica exclusiva o de desarrollo de lo básico

El segundo supuesto se da cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención —por ejemplo, las competencias del Estado sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (149.1.1 CE)—, que se superpone a la competencia de las comunidades autónomas sobre una materia —por ejemplo, la asistencia social—, aun si esta se califica de exclusiva, o bien ostenta una competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las comunidades autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución.

En estos supuestos, la STC 13/1992 dispuso que el Estado puede especificar el destino de los fondos y regular sus condiciones *esenciales* de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las comunidades autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o el destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación.

c) Supuesto de competencia estatal de legislación y competencia autonómica de ejecución

Un tercer supuesto es aquel en el que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación en una materia, mientras que corresponde a la comunidad autónoma la competencia sobre su ejecución. Tal sería, por ejemplo, el supuesto de las ayudas en materia laboral, en las que el Estado tiene atribuida la legislación laboral y las comunidades autónomas, la ejecución.

En este caso, la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino y las condiciones de las subvenciones.

En estos tres primeros supuestos —a), b) y c)— la gestión de los fondos corresponde, en todo caso y en principio, a las comunidades autónomas.

d) Supuesto de excepción a la gestión autonómica

El cuarto y último supuesto es aquel en el que a pesar de que las comunidades autónomas tienen competencias sobre la materia en la que recaen las subvenciones —lo que supondría estar, en principio, en alguno de los supuestos anteriores a), b) o c)—, estas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado. Pero ello solo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y siempre que se cumplan determinadas circunstancias. Debido a que se exige que el Estado ostente alguna competencia, queda descartado por el Tribunal Constitucional que la excepción que supone el supuesto d) a la gestión descentralizada se pueda aplicar en el supuesto a) del FJ 8 de la STC 13/1992, pues en el mismo el Estado carece de título competencial, quedando, así, el supuesto d) como una excepción a las situaciones que recogen los supuestos b) o c).⁵⁵

La doctrina recogida en la STC 13/1992 se mantuvo en buena medida inalterable durante casi 20 años, hasta que la STC 178/2011, de 11 de noviembre, y

55. Sobre la interpretación de los criterios que justificarían una gestión centralizada, véase De la Quadra-Salcedo Janini, “La ‘obligada’ articulación de la gobernanza autonómica en materia de ayudas y subvenciones”.

la jurisprudencia subsiguiente que la reprodujo, modificaron profundamente el supuesto a) del FJ 8 de la STC 13/1992.

La modificación llevada a cabo desde la STC 178/2011 ha supuesto una fuerte recentralización de la capacidad de acción del Estado en cualquier materia incluyendo la asistencia social, y vino a alterar profundamente el delicado equilibrio establecido en la STC 13/1992, pues si en esta última la determinación del destino de los fondos, cuando el Estado no tiene competencia, debía hacerse de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad, en la STC 178/2011 se establecerá que, cuando el Estado no tiene competencia, este puede, no obstante, establecer “la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional (objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas beneficiarios y requisitos esenciales de acceso)”, quedando dentro de la competencia autonómica “lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, la resolución y el pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos”.

La STC 178/2011, sin mayor explicación teniendo en cuenta la entidad del *overruling*, ensancha la capacidad del Estado para regular las condiciones de las ayudas y equipara, en la práctica, el supuesto a), en el que el Estado no tiene competencia, bien con el supuesto b), en el que el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención o tiene competencia sobre las bases, o bien con el supuesto c), en el que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación en una materia, mientras que corresponde a la comunidad autónoma la competencia sobre su ejecución.

En efecto, a partir de la STC 178/2011 se le reconoce al Estado —reiteramos, aun no teniendo competencia reconocida en el listado del art. 149.1 CE— la capacidad sobre la regulación de los aspectos *centrales* del régimen subvencional. Ello acerca el supuesto a) al supuesto b) en el que el Estado tiene la capacidad de regular las condiciones *esenciales* de otorgamiento. Sin embargo, es cierto que, a diferencia de lo establecido en el supuesto b) en el que se advierte de que el Estado siempre debe dejar un margen a las comunidades autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o el destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación, en el nuevo supuesto a) solo se afirma que queda dentro de la competencia autonómica “lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, la resolución y el pago de las subvenciones, así

como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos”, lo cual acerca en este punto el supuesto a) al supuesto c).

La única diferencia que se mantendría es que tanto en el supuesto b) como en el supuesto c) cabe la gestión centralizada de manera excepcional si se cumplen las exigencias del supuesto d), mientras que en el caso del supuesto a) nunca cabría tal gestión centralizada, por no ostentar el Estado título competencial.

A partir de la STC 178/2011 ya no es solo que el Estado pueda dedicar sus fondos a cualquier finalidad, aunque no tenga título, sino que el Estado puede establecer los aspectos centrales del régimen subvencional (objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas beneficiarios y requisitos esenciales de acceso).⁵⁶

En la última década no han sido infrecuentes los supuestos en los que el Tribunal ha rechazado que las ayudas controvertidas se pudiesen fundamentar en los títulos alegados por la representación del Estado y, específicamente, que el art. 149.1.1 CE fuese un título competencial suficiente para justificar determinadas ayudas en materia de asistencia social.⁵⁷

56. La ampliación de la capacidad del Estado para desarrollar la regulación de detalle respecto del destino y las condiciones de las subvenciones, en aquellos supuestos sin competencia estatal en la materia, pese a la entidad del cambio que suponía, no mereció justificación alguna en la propia STC 178/2011, pero tampoco fue objeto, en un primer momento, de voto particular alguno.

Sin embargo, será la magistrada Asúa, que había participado en la STC 178/2011 y no había explicitado entonces su disconformidad, la que señalará en un voto particular posterior recogido en la STC 36/2012, de 15 de marzo, su discrepancia con la nueva doctrina. Tras subrayar la importancia de la STC 13/1992 para la sistematización y la ordenación de la doctrina constitucional sobre la articulación de las relaciones entre la potestad estatal de gasto subvencional y las competencias que las comunidades autónomas disponen en muy diversas materias, señalará que una eventual aclaración, precisión o perfeccionamiento de la doctrina de la STC 13/1992 debe ir acompañada de una argumentación suficientemente explícita y con el mismo grado de fundamentación y de motivación que las ofrecidas en aquella Sentencia de referencia en esta materia.

Correctamente denuncia la magistrada Asúa que la STC 178/2011, y ahora la STC 36/2012, amplían la capacidad del Estado y aproximan y aminoran las diferencias de los respectivos regímenes jurídicos correspondientes a los diferentes supuestos de actividad subvencional estatal fijados por el fundamento jurídico 8.º de la STC 13/1992.

57. Por todas, SSTC 227/2012, 26/2013, 33/2014, o 78/2014. En la STC 78/2014, de 28 de mayo, se descartó que la regulación de las ayudas controvertidas pueda relacionarse con

Ello no ha supuesto, no obstante, la imposibilidad para el Estado de financiar este tipo de acciones de fomento en materias atribuidas a la competencia exclusiva de las comunidades autónomas, pues, para el Tribunal, el Estado tiene la capacidad para poner su poder de gasto al servicio de una política de asistencia social, en el ejercicio soberano de la función legislativa presupuestaria, sin perjuicio de que corresponda a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia social y, por ende, facultades de ejecución de esas ayudas.⁵⁸

6. El artículo 139.1 CE como límite a las restricciones al acceso de los ciudadanos a la protección social

En los ámbitos autonómico y local, e incluso en el estatal, es frecuente el establecimiento en la normativa de protección social de requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinados beneficios sociales.

Así, por ejemplo, el art. 11 del Decreto 55/2020, de 28 de abril, de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2017, de 20 de julio, de la renta garantizada de ciudadanía, ha establecido como requisito para poder ser beneficiario de la misma “tener residencia continuada y efectiva en Cataluña durante los 24 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud”.

En el ámbito local, por ejemplo, el Ayuntamiento de Alzira (Comunidad Valenciana) en su Reglamento de acceso y ocupación de las plazas del centro de día establecía como requisito para el acceso y ocupación “residir efecti-

el título competencial *ex* art. 149.1.1 CE, pues ni por su objeto ni por su contenido ni por los beneficiarios cabe apreciar conexión directa con “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. En efecto, de una parte, los beneficiarios de las ayudas previstas son los municipios y las mancomunidades de municipios de población igual o superior a 5.000 personas; de otra, el objeto de las ayudas previstas es el desarrollo de actuaciones y programas innovadores por dichas entidades locales en el ámbito de sus competencias, y, por último, el objeto de las ayudas previstas es el fomento de “la integración de los inmigrantes”, esto es, tal como se precisa en el art. 3.1 de la orden, extranjeros no comunitarios que estén empadronados en los respectivos municipios, y no se trata, por tanto, de “la igualdad de todos los españoles”.

58. STC 78/2014, de 28 de mayo, FJ 6.

vamente en la ciudad de Alzira, estando empadronado con una antigüedad mínima de tres años”.

En el mismo sentido, el propio Estado ha establecido, por ejemplo, requisitos temporales de residencia previa para poderse beneficiar de determinadas prestaciones sociales. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, son titulares de los derechos establecidos en la Ley los españoles que cumplan, entre otros, el requisito de “residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud”. Igualmente, el Estado ha establecido similares requisitos temporales de residencia previa, por ejemplo, en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social al establecer, en su artículo 144.1, que tendrán derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, “las personas que residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión”.

Constatada la normalidad, en el contexto autonómico y local, pero también en el estatal, de lo que hemos denominado requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinadas prestaciones sociales, cabe plantearse la conformidad de todos estos requisitos con el art. 139.1 de la Constitución cuando dispone que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional”.

La jurisprudencia constitucional ha afirmado, refiriéndose a los dos apartados del artículo 139 CE, que este tipo de preceptos “son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales”.⁵⁹ Para el Tribunal Constitucional, los principios consagrados en el art. 139 CE constituirían límites y directrices que acotan y guían el ejercicio de las competencias que posee el Estado *ex art.* 149 C.E. y las comunidades autónomas en virtud de sus respectivos estatutos.⁶⁰ Por tanto, el artículo 139 CE no sustrae competencias sobre una

59. STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.

60. STC 173/1998, de 23 de julio.

materia determinada a los poderes públicos, sino que condiciona el ejercicio de las competencias atribuidas.⁶¹

Excluido el carácter competencial del art. 139 CE, se hace necesario determinar el concreto significado y el alcance del apartado 1 del art. 139 CE, para lo cual lo primero que hay que subrayar es que el precepto no se refiere únicamente a los derechos y los deberes constitucionales, sino a cualquier derecho u obligación que se establezca en el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, hay que recordar cómo el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio recogido en el apartado 1 del artículo 139 CE “no puede ser entendido en modo alguno como [la imposición de] una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones”. Y no puede ser así entendido porque “la potestad legislativa de que las comunidades autónomas gozan da potencialmente a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional”.⁶²

Para el Tribunal:

la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas comunidades autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 31.1, 38, 139, 149.1.1 y 149.1.13 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía.⁶³

Así, en efecto, es inherente a nuestro sistema constitucional que, como consecuencia del ejercicio por las comunidades autónomas de sus competencias

61. En este sentido Cabellos, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, 40-41.

62. STC 37/1981, FJ 2.

63. STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 2a.

exclusivas o de desarrollo legislativo, los ciudadanos residentes en los distintos territorios autonómicos puedan estar sometidos a regímenes jurídicos diferenciados en las áreas materiales correspondientes a dichas competencias y, consecuentemente, tengan diferentes derechos en esas áreas.⁶⁴

La doctrina académica ha interpretado, entonces, el apartado 1 del artículo 139 CE como un mandato de igualdad de todos los españoles “ante cada ordenamiento autonómico” en el sentido de imponer una prohibición de discriminación de los ciudadanos por las comunidades autónomas por razón de factores de conexión territorial.⁶⁵ Esta interpretación del apartado 1 del artículo 139 CE se habría vinculado con el sentido que tuvo el artículo 17 de la Constitución Republicana de 1931 cuando establecía que “en las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre naturales del país y los demás españoles”.

La exigencia de uniformidad de trato dentro de cada ordenamiento autonómico significaría, por tanto, la prohibición de que se trate, en cada comunidad autónoma, de forma discriminatoria a vecinos o naturales de otras comunidades.⁶⁶ Siendo por ello perfectamente acorde con el apartado 1 del artículo 139 CE que, por ejemplo, los derechos prestacionales vinculados con la asistencia social —que no tienen un contenido esencial y cuyo desarrollo no se encuentra sometido a la Ley Orgánica— puedan ser distintos en Sevilla y Barcelona, pero sin que sea posible, por proscribirlo el apartado 1 del

64. STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13b). En esta línea ya había señalado De Otto que el artículo 139.1 de la CE no puede contener un mandato de absoluta uniformidad en los derechos y las obligaciones por la muy obvia razón de que tal cosa es contradictoria con la pluralidad de ordenamientos jurídicos que se derivan de la estructura autonómica del Estado. De Otto, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, 145-146

65. De Otto, *Estudios sobre Derecho Estatal y autonómico*, 153 y ss.; Aja, “El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social”, 33-34; Albertí, “La igualdad de derechos y la libre circulación en el Estado Autonómico”, 2093 y ss.; De la Quadra-Salcedo Janini, “El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”, 139.

66. Señala López Guerra que el artículo 139.1 ha de interpretarse teniendo en cuenta la diversidad que supone el hecho autonómico, lo que supone que tal artículo no significa la uniformidad de situaciones jurídicas en toda España, sino la uniformidad de trato de cada ordenamiento autonómico. Ello significa, por tanto, la prohibición de que se trate, en cada comunidad autónoma y en aplicación de su ordenamiento, de forma discriminatoria, a vecinos o “naturales” de cada comunidad, con respecto a vecinos o “naturales” de otra. López Guerra, “Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1”, 83.

artículo 139 CE, que los españoles tengan distintos derechos prestacionales en un mismo lugar del territorio nacional por razón de su procedencia. Así, se impone una lectura del apartado 1 del artículo 139 CE, en línea con lo establecido en la Constitución de 1931, anteponiendo el final de la frase al comienzo de la misma y entendiendo que “en cualquier parte del territorio nacional” todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones. El precepto no proscribe la diversificación de las posiciones jurídicas de los ciudadanos según el ordenamiento autonómico al que estén sujetos, sino que ordena que, en principio, dentro de cada uno de esos ordenamientos se trate igual a todos los españoles. El art. 139.1 CE encuentra, así, su virtualidad y proyección más evidente en el territorio de cada una de las comunidades autónomas, proscribiendo, en principio, las diferencias establecidas por razones de procedencia de los ciudadanos.

El apartado 1 del artículo 139 CE cumpliría en nuestro ordenamiento el mismo papel que cumplen en la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, bien la cláusula de privilegios e inmunidades de la Enmienda xiv,⁶⁷ bien la cláusula de igual protección recogida igualmente en la Enmienda xiv,⁶⁸ cláusulas en las que el Alto Tribunal norteamericano habría radicado el derecho de todo ciudadano de un estado federado que elige residir de manera permanente en otro estado de la Unión a ser tratado igual que los ciudadanos de este Estado desde el mismo momento en el que comienza a residir.

Ciertamente, el apartado 1 del artículo 139 CE parece ser taxativo al establecer que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional” lo cual parecería excluir la posibili-

67. Así, en *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999), el Tribunal Supremo consideró que vulneraba la cláusula de privilegios e inmunidades de la Enmienda xiv una regulación de California que limitaba los beneficios sociales a los que podían acceder aquellos ciudadanos que llevasen residiendo en el estado menos de un año.

68. Así, en *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), el Tribunal Supremo consideró que vulneraban la cláusula de igual protección una serie de normativas estatales y federales (puesto que además de normativas de Connecticut y Pennsylvania, se trataba de una regulación del distrito de Columbia), que negaban el acceso a determinados beneficios sociales a aquellos ciudadanos que no llevasen un año residiendo en el territorio de aquellos estados o en la capital.

Igualmente, el Tribunal Supremo, en *Memorial Hosp. v. Maricopa County*, 415 U.S. 250 (1974), consideró contraria a la cláusula de igual protección una regulación del estado de Arizona que requería a un indigente un año de residencia previa en un condado como condición para poder recibir asistencia médica no urgente con cargo al condado.

dad de establecer diferencias por cualquier poder público en función de la procedencia de esas personas. Sin embargo, sería posible considerar que ello no excluye la diferenciación cuando esta se pueda justificar suficientemente en la promoción de un objetivo legítimo. De no ser así, nos encontraríamos con que la procedencia de una persona jamás podría ser tenida en cuenta a la hora de establecer un régimen jurídico diferenciado. Así, no parece ser inconstitucional el requisito de la residencia efectiva, exigida, por ejemplo, mediante el empadronamiento, para poder acceder a determinados derechos prestacionales, pero, sin embargo, sí lo podría ser el referido requisito de periodos temporales de residencia superiores a unas pocas semanas o meses —periodos que permitirían demostrar una residencia de buena fe— para poder acceder a las prestaciones sociales.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos viene afirmando que los requisitos temporales de residencia previa que tienen como consecuencia generar dos clases de personas en función del tiempo de residencia en un estado de la Unión suponen una restricción del derecho constitucional a circular y, por tanto, serán inconstitucionales, salvo que el estado demuestre que son necesarios para promover un interés público decisivo o convincente (*a compelling governmental interest*).⁶⁹

Así, el apartado 1 del artículo 139 CE constitucionalizaría una concepción de la ciudadanía nacional fuerte, pues supone el reconocimiento de la igualdad de trato ante cada ordenamiento territorial de los ciudadanos españoles por el simple hecho de ser nacionales.⁷⁰ Tal interpretación supondría la puesta en cuestión de la constitucionalidad de muchos de los requisitos temporales de residencia previa establecidos en las regulaciones de protección social de los diferentes niveles territoriales.

69. Se adopta así por el Tribunal Supremo un estricto escrutinio a la hora de determinar la constitucionalidad de los requisitos temporales de residencia previa y se rechaza la utilización tanto de un escrutinio de razonabilidad como de un escrutinio intermedio que “meramente exija que los requisitos temporales de residencia se encuentren sustancialmente relacionados con un objetivo gubernamental importante” (*an important governmental objective*).

70. El reconocimiento constitucional de la igualdad de trato debería suponer la inconstitucionalidad de todas aquellas regulaciones autonómicas y locales que establecen diferencias en el acceso a los servicios, bienes y prestaciones públicas en función del tiempo de residencia efectiva. De la Quadra-Salcedo Janini, “El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”, 135 y ss.

Así, los requisitos temporales de residencia previa recogidos en el art. 11 del Decreto 55/2020, de 28 de abril, de Cataluña, para poder ser beneficiario de la renta garantizada de ciudadanía; en el Reglamento de acceso y ocupación de las plazas del centro de día del Ayuntamiento de Alzira (Comunidad Valenciana) o en el artículo 5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, para poder ser beneficiario de las prestaciones a las que se refiere la norma estatal, serían inconstitucionales por vulnerar el art. 139.1 CE.

Bibliografía

- Aja, E. “El artículo 149.1.1 de la Constitución como Cláusula de cierre del principio de igualdad social”. En *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*. Barcelona: IEA, 1992.
- Albertí Rovira, E. “La igualdad de derechos y la libre circulación en el Estado Autonomómico”. En *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- Baño León, J. M. *Las Autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*. Madrid: INAP, 1988.
- Böckenförde, E. W. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- Cabellos Espiérrez, M. A. *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. Madrid: CEPC, 2001.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. “La competencia sobre la gestión del Ingreso Mínimo Vital: ¿una competencia exclusiva del Estado susceptible de traspaso?”. *Revista general de derecho constitucional* 37 (2022).
- . “El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 87 (2009).
- . “El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias”. *Revista General de Derecho Administrativo* 46 (2017).
- . “La ‘obligada’ articulación de la gobernanza autonómica en materia de ayudas y subvenciones”. En *Una nueva gobernanza para el siglo XXI*. Madrid: CEPC, 2024.
- De Otto, I. *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*. Madrid: Civitas, 1986.
- Hesse, K. “El Estado federal Unitario”. *Revista de derecho constitucional europeo* 6 (2006).
- Lasagabaster Herrarte, I. “La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial”. *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals* 4 (2007).

- López Guerra, L. “Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1”. En A. Pérez Calvo, *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: MAP, 1990.
- Michael, L. “El Estado federal experimental”. *Revista de derecho constitucional europeo* 6 (2006).
- Schneider, H. P. “El Estado federal cooperativo”. *Revista de estudios políticos* 12 (1979).
- Suárez Corujo, B. *La protección social en el estado de las autonomías*. Madrid: Iustel, 2006.
- Vaquer Caballería, M. “El ingreso mínimo vital desde la óptica del derecho público: sus aportaciones al debate sobre el estado social y autonómico”. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 5 (2022).

Igualtat i repartiment competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes en la regulació dels drets a la salut sexual i reproductiva

Mercè Corretja i Torrents

Exdirectora del Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya (Espanya)

Equality and Distribution of Jurisdiction between the Central Government and the Autonomous Communities for the Regulation of Rights to Sexual and Reproductive Health

ABSTRACT The purpose of the article is the legal analysis of the evolution of rights to sexual and reproductive health and the jurisdictions of the central government and the autonomous communities in this matter. It has three sections and conclusions. First, it traces a historical journey, from the appearance of these rights to their recognition by the United Nations, and the evolution of these rights in the Spanish legal system, from their configuration as crimes in the penal code to their recognition by the Constitutional Court and Organic Laws 2/2010 and 1/2023. Secondly, the article analyses the distribution of powers between Spain's central government and the Catalan Government in matters of health and gender policies and the impact of the jurisdiction of the central government based on Article 149.1.1 of the Spanish Constitution. In conclusion, the article underlines the need for a restrictive interpretation of this precept under the prism of self-restraint and proportionality, in order to avoid undermining the powers of the Catalan Government.

KEYWORDS rights to sexual and reproductive health; fundamental right of voluntary termination of pregnancy; jurisdiction on health; jurisdiction on gender policies; jurisdiction clause of Art. 149.1.1 of the Spanish Constitution.

RESUM L'article parteix del reconeixement del dret a la interrupció voluntària de l'embaràs com a dret fonamental per exposar l'evolució dels drets a la salut sexual i reproductiva a l'Estat espanyol i el repartiment competencial entre l'Estat i la Generalitat en aquesta matèria. Primer, traça un breu recorregut històric sobre el reconeixement d'aquests drets per les Nacions Unides i la seva evolució a l'Estat espanyol: del Codi penal a les Lleis orgàniques 2/2010 i 1/2023 i la seva protecció per les STC 44/2023 i 78/2023. La tercera part analitza la distribució competencial entre l'Estat i la Generalitat de Catalunya en matèria de sanitat i polítiques de gènere, i fa especial referència a l'article 149.1.1 CE i a la negociació entre l'Estat i la Generalitat per a la resolució de la controvèrsia competencial plantejada en relació amb la Llei orgànica 1/2023. Les conclusions posen en relleu tant el reconeixement del dret

fonamental a la interrupció voluntària de l'embaràs com la vulnerabilitat de les competències autonòmiques enfront dels títols competencials estatals transversals i la utilitat dels mecanismes preventius de resolució de controvèrsies per garantir-les. Conclou amb la proposta d'una aplicació restrictiva de l'article 149.1.1 CE, sota el prisma de l'autocontenció, la proporcionalitat i la lleialtat institucional.

PARAULES CLAU drets a la salut sexual i reproductiva; dret fonamental a la interrupció de l'embaràs; competències en matèria de sanitat; competències en matèria de polítiques de gènere; clàusula competencial de l'article 149.1.1 CE.

1. Introducció. Els drets a la salut sexual i reproductiva en el context internacional

Els drets a la salut sexual i reproductiva i, en especial, el dret fonamental a la interrupció voluntària de l'embaràs, han assolit un reconeixement explícit l'any 2023 tant per part del legislador orgànic estatal com per la jurisprudència constitucional. La Llei orgànica 1/2023, de 28 de febrer, de modificació de la Llei orgànica 2/2010, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs, i les Sentències del Tribunal Constitucional 44/2023 i 78/2023, han culminat un procés de progressiva protecció legal i constitucional d'aquests drets que es va iniciar ja durant la transició política dels anys 1977-1978. Ara bé, la regulació i la protecció d'aquests drets no pot desconèixer les regles constitucionals de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes, a les quals correspon l'articulació de la major part de prestacions i de garanties. L'objectiu d'aquest article és analitzar aquestes relacions competencials i l'ús de l'article 149.1.1 CE per part del legislador estatal com a títol competencial per a la construcció de nous drets fonamentals relacionats amb el principi d'igualtat.

Per dur a terme aquesta anàlisi, partirem de la configuració dels drets a la salut sexual i reproductiva en els textos internacionals, per tal de mostrar el pluralisme i la diversitat d'aquests drets i el seu enquadrament en l'àmbit del dret a l'autodeterminació personal. En segon lloc, exposarem la recepció i l'evolució d'aquests drets a l'Estat espanyol a partir de la legislació i de la doctrina constitucional. En tercer lloc, analitzarem els títols competencials que habiliten l'Estat i la Generalitat per regular, desenvolupar i implementar

Article rebut el 10/1/2024; acceptat el 18/4/2024.

mesures de protecció i garantia dels drets a la salut sexual i reproductiva i a la interrupció de l'embaràs i l'ús de la clàusula competencial de l'article 149.1.1 CE en aquest àmbit. Finalment, farem esment a la controvèrsia competencial plantejada pel Govern de la Generalitat de Catalunya en relació amb la Llei orgànica 1/2023, de modificació de la Llei orgànica 2/2010, i amb l'acord assolit. L'anterior anàlisi ha de permetre posar en relleu com la creació de nous drets per l'Estat afecta negativament les competències autonòmiques i en fa palesa la fragilitat, així com la necessitat d'establir mecanismes preventius i correctius que garanteixin el correcte funcionament del sistema de distribució de competències constitucionalment dissenyat.

La reivindicació dels drets a la salut sexual i reproductiva de les dones va lligada al moviment feminista del s. XIX ja que, com a conseqüència de la revolució industrial i del progrés tecnològic, es produeix la incorporació massiva de dones i infants al treball a les fàbriques, fet que provoca una elevada mortalitat femenina vinculada a l'embaràs i al part. Els primers moviments feministes que sorgeixen al Regne Unit, a Europa, als Estats Units i a Canadà defensen els drets de les dones a la planificació familiar i a accedir a l'anticoncepció i a l'avortament. Les primeres lleis europees sobre avortament són les aprovades per Suïssa (1916)¹ i per la Unió de Repúbliques Socialistes Soviètiques (1920).²

El 25 de desembre de 1936, el Govern de la Generalitat de Catalunya va aprovar el Decret pel qual es regula la interrupció artificial de l'embaràs, publicat al *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 9 de gener de 1937, en plena Guerra Civil. Va ser una norma capdavantera sobre aquesta qüestió en l'àmbit europeu. El va impulsar el metge Fèlix Martí Ibáñez, militant de la Confederació Nacional del Treball (CNT), que va ser director general de Sanitat i Assistència Social de la Generalitat de Catalunya i que va dur a terme diverses iniciatives i projectes pioners en matèria de medicina social i preventiva.³

1. <https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenalizo-aborto-ley.html>.

2. La Unió de Repúbliques Socialistes Soviètiques (URSS) va ser el primer país del món a legalitzar l'avortament i a facilitar-lo gratuïtament en els hospitals públics, amb l'objectiu d'assegurar la igualtat entre homes i dones. Frenca i Gaido, "Los orígenes del decreto soviético de legalización del aborto".

3. https://elpais.com/diario/1983/02/13/espana/413938815_850215.html. Atès que no es va poder aprovar una llei estatal sobre avortament, la ministra de Sanitat, Federica Montseny, va

Després de la Segona Guerra Mundial, a partir del 1950, els moviments feministes fan de l'anticoncepció, l'educació sexual i la planificació familiar un dels eixos principals de les seves reivindicacions. Al llarg dels anys 70, les Nacions Unides —especialment a través del Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals (CESCR) i del Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació contra la Dona (CEDAW)— es fan ressò d'aquestes demandes i impulsen el reconeixement dels drets a la salut sexual i reproductiva com a drets humans a través de conferències internacionals, al mateix temps que estableixen les obligacions dels estats per protegir-los, tot posant en relleu la connexió entre aquests drets i múltiples drets fonamentals, com ara el dret a l'educació, a la vida, a la intimitat, a la informació i a la protecció contra tot tipus de discriminació contra les dones. D'aquesta manera, es van consolidant els drets a la salut sexual i reproductiva com a drets de l'àmbit de l'autonomia personal.

Com a fita destacada en aquesta evolució, cal esmentar la Conferència Internacional sobre Drets Humans de Teheran (1968), en què, per primera vegada, s'esmenta la relació entre els drets humans i la planificació familiar, s'identifica el creixement demogràfic com un obstacle contra la lluita contra la fam i la pobresa i es reconeix de forma expressa el dret dels cònjuges a decidir de forma lliure i responsable el nombre i el moment del naixement de llurs fills.⁴ Una dècada més tard, la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 18 de desembre de 1979,⁵ desenvolupa el dret a la igualtat entre homes i dones pel que fa al gaudi dels drets fonamentals i dels drets econòmics, socials, culturals, civils i polítics, i recorda que la discriminació contra la dona viola els principis de la igualtat de drets i del respecte a la dignitat humana. La Convenció imposa als estats signataris un conjunt d'obligacions per tal de fer efectiva la igualtat entre homes i dones, inclosos els drets a la salut sexual i reproductiva. Així, recull, com a obligacions dels estats, l'adopció de mesures per garantir l'accés de les dones als serveis d'atenció mèdica, inclosos els de planificació familiar, en igualtat de condicions amb els

estendre l'aplicació del Decret català fora de Catalunya. <https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenalizo-aborto-ley.html>.

4. Acta final de la Conferència Internacional sobre Drets Humans, de 13.05.1968, punt XVIII. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>. Totes les traduccions al català de textos originals en castellà o anglès són de l'autora.

5. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.

homes; la garantia de proporcionar els serveis apropiats a les dones en relació amb l'embaràs, el part i el postpart; l'assegurança d'una nutrició adequada a les dones durant l'embaràs i la lactància, o bé la garantia de la igualtat de condicions entre homes i dones pel que fa a la igualtat de drets per decidir lliurement i responsable el nombre de llurs fills i l'interval entre els naixements, així com el dret a tenir accés a la informació i l'educació, i als mitjans que els permetin exercir aquests drets.⁶

Als anys 90, la III Conferència Internacional sobre la Població i el Desenvolupament, que va tenir lloc a el Caire el 1994,⁷ i la IV Conferència Mundial sobre la Dona, celebrada a Beijing el 1995,⁸ van coadjuvar en la construcció dels drets sexuals i els drets reproductius com a drets fonamentals més enllà del dret a la salut, i van subratllar que la “salut reproductiva és un estat general de benestar físic, mental i social, i no de mera absència de malalties o dolències, en tots els aspectes relacionats amb el sistema reproductiu, les seves funcions i processos”.⁹ El Programa aprovat per la Conferència del Caire abasta un conjunt de drets que ja es troben regulats i protegits en moltes legislacions nacionals i en documents internacionals sobre drets humans, com el dret bàsic de totes les parelles i individus a decidir lliurement i responsable el nombre de fills que volen tenir i els intervals entre els naixements, a disposar de la informació i dels mitjans necessaris, i a assolir el nivell més elevat de salut sexual i reproductiva, així com el dret a adoptar decisions relatives a la reproducció sense patir discriminació, coaccions ni violència. Es preveu que la planificació familiar s'ha de fonamentar en l'educació i en el principi de lliure elecció i ha de permetre a les parelles i a les persones decidir lliurement el nombre de fills que volen tenir i els intervals entre ells, tot garantint que accedeixen a la informació i als mitjans necessaris per fer-ho.

6. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.

7. <https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994>. Un exhaustiu anàlisi dels informes aprovats per la Conferència a Galoviche, “Conferencia sobre población y desarrollo de El Cairo”, i Galdos, “La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos”.

8. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20ofull%20report%20S.pdf>. Un balanç de l'aplicació de l'informe a Kelly i Johnson, “A 25 años de Beijing”.

9. Bases per a l'acció del Programa aprovat per la Conferència del Caire.

El dret nuclear al voltant del qual es configuren els drets a la salut sexual i reproductiva recollits en els instruments internacionals aprovats per les Nacions Unides a través dels seus organismes és la llibertat de decisió de les parelles i de les persones. Però, al mateix temps, també es preveuen els deures i les obligacions que corresponen als estats per a la seva protecció i garantia i, sobretot, per eliminar les situacions de discriminació que puguin existir. Llibertat i igualtat constitueixen, doncs, els dos eixos centrals per a l'articulació dels sistemes de garantia i protecció dels drets a la salut sexual i reproductiva.

En l'àmbit de la Unió Europea, les polítiques sobre salut sexual i reproductiva són competències dels estats, tal com reconeix la Resolució 2001/2128 (INI), sobre salut sexual i reproductiva i els drets en aquesta matèria,¹⁰ impulsada per la Comissió de Drets de la Dona i d'Igualtat d'Oportunitats del Parlament Europeu, la qual, no obstant això, conté diverses recomanacions als estats membres per reforçar aquests drets. Sense entrar a analitzar de forma exhaustiva les diferents legislacions internes, per a allò que aquí interessa, volem destacar dos estats membres, França i Eslovènia, que són pioners en la protecció constitucional del dret a la lliure interrupció de l'embaràs. França ha esdevingut el primer estat a tot el món a incorporar de forma explícita a la seva Constitució que “la llei determina les condicions en les quals s'exerceix la llibertat garantida de la dona a recórrer a la interrupció voluntària de l'embaràs” (article 34)¹¹ en una cerimònia solemne celebrada el dia 8 de març de 2024. Eslovènia reconeix des de fa anys el dret a decidir lliurement la maternitat a l'article 55 de la seva Constitució,¹² dret que ja figurava a l'antiga Constitució iugoslava.

2. Els drets a la salut sexual i reproductiva a l'Estat espanyol

El Decret sobre interrupció voluntària de l'embaràs de la Generalitat republicana del 1937 al que abans hem fet esment fou derogat el 1939. Durant tot el franquisme, entre el 1939 i el 1978, el Codi penal tipifica com a delictes tant l'ús de mitjans anticonceptius per evitar la procreació com l'avortament (ar-

10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52002IP0359>.

11. <https://www.newtral.es/francia-reconoce-derecho-aborto-constitucion/20240305/>.

12. <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/svn>.

ticles 416, 343 bis i 417 del Codi penal) i les normes legals no contenen cap referència a altres drets a la salut sexual i reproductiva.

En el reconeixement, l'evolució i la consolidació d'aquests drets a l'Estat espanyol, inclòs el dret a la interrupció voluntària de l'embaràs, cal distingir dues etapes:

- 1a. etapa: del 1978 al 2010. Aquesta etapa es caracteritza per la despenalització de l'ús de mitjans anticonceptius, la introducció de serveis de planificació familiar en la sanitat pública i la despenalització, en determinats supòsits, de la interrupció voluntària de l'embaràs.
- 2a. etapa: del 2010 al 2023. Aquesta etapa s'inicia amb el reconeixement legal del dret a la interrupció voluntària de l'embaràs i finalitza amb la consolidació d'aquest dret com a dret fonamental.

2.1. Del 1978 al 2010. La despenalització

Fins al 1978, com s'ha dit, tant l'ús de mitjans anticonceptius com l'avortament constitueixen delictes tipificats al Codi penal. Tanmateix, ja abans de l'aprovació de la Constitució del 1978, durant l'anomenada Transició Política del període 1977-1978, diverses associacions i organitzacions vinculades al moviment feminista i professionals sanitaris impulsen la creació dels primers centres de planificació familiar de caràcter privat per oferir serveis d'orientació, informació i accés a mètodes anticonceptius tot invocant els riscos per a la salut de les dones i la prevenció de malalties associades a l'embaràs i al part.

A Catalunya cal destacar el paper impulsor i capdavanter de la Coordinadora Feminista (creada el 1977) i del Grup de Dones per a l'Autoconeixement i l'Anticoncepció (la DAIA) en el desenvolupament d'accions informatives i divulgatives sobre educació sexual, la maternitat, l'anticoncepció i l'avortament, la posada en marxa de centres d'orientació i planificació familiar privats —que, posteriorment, es van anar integrant a la xarxa pública sanitària—, així com en l'accés a mitjans anticonceptius i a la prestació d'ajuda per a la interrupció voluntària de l'embaràs a l'estranger a moltes dones sense recursos.¹³

13. Fajula, "Les dones per les dones".

La despenalització de l'ús i l'expedició de mètodes anticonceptius no es produeix fins a l'aprovació de la Llei 45/1978, de 7 d'octubre, que modifica el Codi penal, a partir de la qual ja es poden crear els primers centres de planificació familiar en l'àmbit de la sanitat pública.

La Constitució espanyola (CE) de 1978 no conté cap esment específic als drets a la salut sexual i reproductiva de forma que, amb l'excepció de la interrupció voluntària de l'embaràs —que se situa en l'esfera del dret fonamental a la integritat física i moral de l'article 15.1 CE—, la regulació de la resta de drets queda circumscrita a l'àmbit del dret a la salut de l'article 43 CE. Aquest dret es recull al capítol tercer del títol I de la CE com un principi rector de la política social i econòmica i, per tant, la seva regulació no queda reservada al legislador orgànic estatal per l'article 81.1 CE, com succeeix en el cas dels drets fonamentals de la secció primera del capítol II del títol I, sinó que correspondrà a l'Estat o a les comunitats autònomes, o bé de forma compartida entre tots dos, d'acord amb el sistema de distribució constitucional i estatutària de competències en matèria de sanitat.

L'article 149.1.16 CE atribueix a l'Estat la competència per a la fixació de les bases i la coordinació general en matèria de sanitat interior, i l'article 148.1.21 CE preveu que les comunitats autònomes (CCAA) poden assumir competències en matèria de “sanitat i higiene”. L'article 17 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) de 1979 estableix que correspon a la Generalitat el desenvolupament legislatiu i l'execució de la legislació bàsica de l'Estat en matèria de sanitat interior.

En virtut del marc competencial vigent el 1986, la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, que té caràcter bàsic, regula el dret a la salut i preveu, a l'article 18.7, que les administracions públiques, a través dels seus sistemes de salut, han de desenvolupar els programes d'orientació en el camp de la planificació familiar i la prestació dels serveis corresponents. En aplicació d'aquesta disposició, la Generalitat de Catalunya va aprovar dues ordres de caire organitzatiu per tal de facilitar l'accés als serveis públics d'orientació i planificació familiar.¹⁴

14. Es tracta de l'Ordre, 15 de gener de 1987, sobre autorització de centres i serveis d'orientació i planificació familiar (<https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=27662>), i de l'Ordre, de 4 de febrer de 1987, sobre acreditació de centres i serveis

La despenalització de l'avortament no es produeix fins a la Llei orgànica 9/1985, de modificació de l'article 417 del Codi penal, que estableix tres excepcions a la regla general punitiva, la qual es manté fins al 2010.

La Llei orgànica 9/1985 fou recorreguda per un grup de 54 diputats davant el Tribunal Constitucional (TC) mitjançant un recurs previ d'inconstitucionalitat, el qual es va resoldre mitjançant la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 53/1985. El TC va considerar que els supòsits regulats per la Llei orgànica eren adequats a la CE però no així les garanties exigides per la Llei, tant per al fetus com per a la gestant, en dos dels supòsits regulats. La STC va tenir 5 vots particulars.

El nucli central d'aquesta sentència és la protecció del nasciturus a partir de la seva connexió amb el dret a la vida i a la dignitat. El Tribunal, al fonament jurídic (FJ) 4t. de la Sentència, raona que la Constitució protegeix la vida i que, per tant, no pot desprotegir-la en aquella etapa del seu procés en què no només és condició per a la vida independent del claustre matern, sinó que és també un moment del desenvolupament de la vida mateixa, tot conclouent que la vida del nasciturus, en tant que encarna un valor fonamental —la vida humana— garantit per l'article 15 CE, constitueix un bé jurídic que troba protecció en aquest precepte constitucional. Al costat d'aquest bé jurídic protegit, el FJ 8è. de la STC 53/1985 assenyala el valor jurídic fonamental de la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10) i els drets a la integritat física i moral (art. 15), a la llibertat d'idees i creences (art. 16), a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge (art. 18.1), dels quals extreu que la dignitat és un valor espiritual i moral inherent a la persona, que es manifesta singularment en l'autodeterminació conscient i responsable de la pròpia vida i que porta, en si mateixa, la pretensió al respecte per part dels altres.

Plantejat, doncs, el conflicte entre la protecció del nasciturus com a bé jurídic protegit i el dret a la dignitat de la dona, el FJ 9è. analitza la constitucionalitat del projecte de llei objecte del recurs. Després de posar en relleu que la normativa preconstitucional utilitza la tècnica penal com a forma de protecció de la vida del nasciturus, la Sentència afirma que el legislador no la revisa

d'orientació i planificació familiar (<https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?-documentId=30240>). Fajula, "Les dones per les dones".

amb caràcter general, sinó només per excloure'n la vida del nasciturus en determinats supòsits. En conseqüència, conclou que, des del punt de vista constitucional, el projecte el que fa és delimitar l'àmbit de la protecció penal del nasciturus (FJ 12è.). A partir d'aquí, tot i que afirma que el projecte de llei orgànica és constitucional, considera que les garanties previstes pel legislador són insuficients per considerar-les adequades a les exigències constitucionals. La STC 53/1985, tot i que conté una important càrrega moral, fa un esforç per fonamentar constitucionalment la despenalització de l'avortament amb paràmetres objectius.¹⁵

Finalment, la Llei orgànica 9/1985 fou aprovada i va regular els tres supòsits en què la pràctica de l'avortament va quedar despenalitzada i que van estar vigents fins al 2010:

- l'avortament terapèutic (risc greu per a la salut física o mental de la dona embarassada, sense límit temporal)
- l'avortament eugenèsic (malformacions físiques o psíquiques del fetus fins a les 22 setmanes de gestació)
- l'avortament ètic, en cas de delictes de violació (fins a les 12 setmanes de gestació)

2.2. Del 2010 al 2023. La consolidació del dret a la interrupció voluntària de l'embaràs com a dret fonamental

La segona etapa en el reconeixement i la protecció dels drets a la salut sexual i reproductiva s'inicia amb l'aprovació de la Llei orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs, i culmina amb les STC 44/2023, de 9 de maig, i 78/2023, de 3 de juliol.

15. Rodríguez, "Consensuando el disenso", 501-503. L'autora destaca la connexió entre aquesta STC i la posterior Sentència del Tribunal Constitucional alemany de 1993 relativa a la Llei alemanya de despenalització de l'avortament aprovada el 27.07.1992, i subratlla que la STC 53/1985 va posar el focus en el marc social, material i prestacional, en el qual s'enquadra de forma inevitable tota decisió de tirar endavant o no un embaràs. Totes dues sentències han constituït un referent fins ara en la legislació europea en la matèria.

La Llei orgànica 2/2010, de 3 de març, pel que fa a la interrupció voluntària de l'embaràs, substitueix l'anterior sistema de les tres excepcions al Codi penal per un sistema de terminis, alhora que proclama, a l'article 3, el dret a la lliure decisió en relació amb la vida sexual i reproductiva, el qual emmarca en els drets fonamentals de llibertat, intimitat i autonomia personal, el dret a la maternitat lliurement elegida, i la prohibició de discriminació per motius d'origen racial o ètnic, religió, convicció o opinió, sexe, discapacitat, orientació sexual, edat, estat civil o qualsevol altra condició o circumstància personal.

La interrupció voluntària de l'embaràs es regula a l'article 12, que estableix que s'ha d'interpretar en els termes més favorables a la dona que sol·licita la intervenció, tot fent esment, en particular, al "dret al lliure desenvolupament de la personalitat, a la vida, a la integritat física i moral, a la intimitat, a la llibertat ideològica i a la no discriminació". En conseqüència, la Llei enquadra aquest dret dins l'esfera específica de quatre drets fonamentals protegits per la CE: el dret a la vida i a la integritat física i moral (article 15 CE), el dret a la intimitat (article 18 CE), el dret a la llibertat ideològica (article 16) i la igualtat davant la llei (article 14 CE).

Tot i això, cal assenyalar que la Llei no té naturalesa orgànica en la seva totalitat. Si bé els articles que regulen l'accés i les condicions per a la interrupció voluntària de l'embaràs tenen rang orgànic, no tenen aquest caràcter el títol preliminar, el títol I, el capítol II del títol II, les disposicions addicionals i les disposicions finals segona, quarta, cinquena i sisena de la Llei.

La Llei no invoca cap títol competencial estatal, però la disposició final cinquena preveu que s'apliqui en tot el territori de l'Estat, sens perjudici de les competències de les comunitats autònomes, i estableix expressament que correspon a les autoritats sanitàries competents garantir la prestació en la xarxa sanitària pública o vinculada en la comunitat autònoma de residència de la dona embarassada, sempre que aquesta ho sol·liciti. L'Estat es reserva la garantia de la igualtat en l'accés a les prestacions i els serveis del Sistema Nacional de Salut mitjançant l'Alta Inspecció (article 4).

Aquesta Llei fou objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat interposat pel grup parlamentari del Partit Popular davant del TC i ha estat modificada en dues ocasions. La primera, mitjançant la Llei orgànica 11/2015, de 21 de setembre, per modificar l'article 13.4 i la disposició final segona amb la finalitat de reforçar la protecció dels menors i de les dones amb capacitat modificada

judicialment —ambdós preceptes havien estat impugnats davant del Tribunal Constitucional—, i la segona, mitjançant la Llei orgànica 1/2023, de 28 de febrer, que n’ha modificat diversos preceptes i que és la regulació actualment vigent.

Tretze anys més tard, la Llei orgànica 1/2023, de 28 de febrer, de modificació de la Llei orgànica 2/2010, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l’embaràs, ha introduït diversos canvis amb dos objectius principals: incrementar les garanties i les obligacions dels poders públics per a la protecció d’aquests drets per tal que la població assoleixi i mantingui el “màxim nivell social possible” de salut i d’educació en relació amb la sexualitat i la reproducció, i incorporar al text de la Llei la prevenció i la resposta a totes les manifestacions de la violència contra les dones en l’àmbit reproductiu.¹⁶

La Llei orgànica 1/2023, de 28 de febrer, al igual que la seva predecessora, té una finalitat garantista i no estableix un catàleg de drets en l’àmbit de la salut sexual i reproductiva. No obstant això, dels articles 3 (principis rectors), 5 (objectius i garanties d’actuació dels poders públics que aquests han d’anar garantint en el desenvolupament de les seves polítiques sanitàries, educatives i de formació professional i socials) i 7, relatiu a l’atenció a la salut sexual, se’n poden extreure un conjunt de drets de configuració legal i d’implementació progressiva. Així, per al compliment dels objectius previstos a la Llei, es preveu que el Consejo Interterritorial de Salud aprovi una *Estrategia estatal de salud* (article 11), amb participació dels diferents ministeris, les comunitats autònomes i les ciutats amb estatut d’autonomia, i de les organitzacions representatives dels interessos afectats.

En una primera aproximació, la Llei orgànica 1/2023 reconeix expressament els següents quatre drets fonamentals:

- 1) El dret a l’autonomia personal en tot allò que afecta la vida sexual i reproductiva, sense més límits que els derivats del respecte als drets dels altres i a l’ordre públic garantit per la Constitució i les lleis (principi recollit a l’article 3.1.a) 1r., que inclou el dret a les diferents opcions i orientacions sexuals (article 7.a).

16. Segons l’exposició de motius, la modificació sorgeix per tal que “a la llum dels obstacles i de les necessitats de regulació identificats” es puguin introduir les modificacions necessàries per garantir la vigència efectiva dels drets sexuals i reproductius de les dones.

- 2) Els drets reproductius i a la maternitat lliurement elegida (article 3.1.a) 2n.), amb l'excepció de la maternitat subrogada, pràctica que és considerada il·legal i sancionada amb la nul·litat de ple dret (article 32).¹⁷
- 3) El dret a la interrupció voluntària de l'embaràs tot respectant el benestar físic i psicològic de la dona (article 3.1.a) 3a.). Aquest dret inclou el dret a rebre informació pública sobre el procés, la normativa i les condicions per a la interrupció voluntària de l'embaràs (article 18 bis) i el dret a una atenció integral en el procés d'interrupció de l'embaràs (article 7 bis i).
- 4) La prohibició de discriminació (article 3.1.d) i el dret a no patir cap tipus de discriminació en l'exercici ple dels drets sexuals i reproductius (article 5).

Aquests drets que s'estableixen formen part dels drets humans i fonamentals previstos pels tractats internacionals de drets humans. Així mateix, es poden identificar fins a 12 drets més de participació, d'accés o d'informació a determinades prestacions, serveis i recursos:

- 1) El dret de participació de les entitats, les associacions i les organitzacions del moviment feminista i de la societat civil en el disseny, la implementació i l'avaluació dels serveis i les polítiques públiques (article 3.1.h).
- 2) El dret a l'accés públic, gratuït i universal als serveis i els programes de salut sexual i reproductiva (article 5).
- 3) El dret a accedir a mitjans anticonceptius segurs i eficaços i a productes de gestió menstrual assequibles (articles 5 i 7.d) i, en determinats casos, el dret a accedir gratuïtament a productes menstruals (dones en risc d'exclusió social, centres educatius) (article 5 *quater*).
- 4) El dret a accedir a informació sanitària sobre anticoncepció i sexe segur (articles 5 i 7.d).

17. En contra que la maternitat subrogada sigui prohibida per la llei i no estigui inclosa en el dret a la maternitat lliurement elegida, Vela, "A propósito de la Ley orgánica 1/2023".

- 5) El dret a accedir a la justícia i a la reparació en cas que resultin vulnerats els drets a la salut sexual i reproductiva (article 5).
- 6) El dret a gaudir de situacions especials d'incapacitat temporal a les dones amb una menstruació incapacitant secundària (article 5 *ter*), en cas d'interrupció voluntària o no de l'embaràs (article 7 *bis e*) i des del primer dia de la setmana 39a. de l'embaràs (article 7 *bis f*).
- 7) El dret a l'assistència integral especialitzada i accessible en general i, per a la població jove i les dones discapacitades, a serveis adaptats i a anticonceptius de barrera gratuïts (article 5 *sexies*, article 7 *ter b*).
- 8) El dret a la informació accessible sobre els drets reproductius, les prestacions públiques, la cobertura sanitària durant l'embaràs, el part i el puerperi, així com sobre els drets laborals i altres tipus de prestacions i serveis públics (article 7 *bis d*).
- 9) El dret a assistència, suport i acompanyament a la salut mental en cas necessari (article 7 *bis g*).
- 10) El dret a atenció perinatal i neonatal amb perspectiva integral de desenvolupament saludable (article 7 *bis h*).
- 11) El dret a l'accés públic i universal de pràctiques clíniques efectives de planificació de la reproducció (article 7 *ter a*).
- 12) El dret a l'educació afectivosexual durant l'educació obligatòria (article 9).

D'aquest conjunt de drets, només la regulació de la interrupció voluntària de l'embaràs té rang orgànic (articles 12 a 17), mentre que els articles 3, 5 i 7 no tenen aquest caràcter, ja que la Llei orgànica 1/2023, a l'igual que la seva predecessora, exclou del rang orgànic els preceptes dels títols preliminar, I i III, el capítol II del títol II, les disposicions addicionals i les disposicions finals segona, quarta, cinquena i sisena.

Recordem que la reserva de llei orgànica a favor del legislador estatal de l'article 81.1 CE comprèn els drets i les llibertats de la secció 1a. del capítol II

del títol I de la Constitució (STC 76/1983), però, tal com ha establert la jurisprudència constitucional, només si la llei en fa el desenvolupament directe o bé si el nucli de la llei és una matèria reservada a llei orgànica, però no si aquesta merament l'afecta o hi té incidència (STC 6/1982 i 76/1983, entre moltes altres).

Per tant, el conjunt de drets continguts a la Llei, amb l'excepció de la interrupció voluntària de l'embaràs, encara que es puguin situar en l'àmbit dels drets fonamentals, s'ha de considerar que no en formen part del nucli essencial, de manera que la seva delimitació i el seu contingut prestacional, així com la seva implementació, s'han de dur a terme per les administracions públiques competents en cada cas.

Pel que fa a la interrupció voluntària de l'embaràs, la Llei orgànica 1/2023 consolida l'anomenat sistema de terminis —que ja havia introduït la Llei orgànica 2/2010— en els termes següents:

- Fins a les 14 setmanes d'embaràs, la dona té plena llibertat per interrompre el seu embaràs, sense cap altre condicionant.
- Entre la setmana 14 i fins a la 22, es permet l'avortament previ diagnòstic mèdic que ho justifiqui, com ara malformacions en el fetus o malaltia greu de la dona embarassada.
- A partir de la setmana 22, només es pot interrompre l'embaràs si hi ha anomalies fetals incompatibles amb la vida, amb dictamen emès per algun especialista —que no ha de ser qui porti a terme la interrupció— o la detecció d'una malaltia fetal extremadament greu i incurable en el moment del diagnòstic —per un comitè mèdic—.

D'altra banda, la Llei també estableix els següents requisits per a l'exercici del dret:

- Que l'avortament el realitzi un especialista preferiblement en obstetrícia i ginecologia o sota la seva direcció.
- Que l'avortament es realitzi en un centre públic o privat acreditat.

- Que hi hagi el consentiment informat i per escrit de la dona embarassada o del seu representant legal —en els supòsits previstos a la Llei 41/2002, bàsica d'autonomia del pacient—.
- Les dones majors de 16 anys no requereixen el consentiment dels seus representants legals.
- Les dones menors de 16 anys han d'anar acompanyades d'un pare o mare o tutor legal —el requisit de l'edat es va modificar el 2015 de forma que el consentiment el dona el pare, la mare o el tutor després d'haver escoltat la dona menor—, amb les excepcions previstes a la Llei 41/2002.

A banda de l'increment en el nombre i l'abast de les obligacions que s'imposen als poders públics per a la protecció i la garantia dels drets esmentats, cal assenyalar que també es reforça la garantia de la igualtat en l'article 4, en els termes següents: "L'Estat, en l'exercici de les seves competències d'Alta Inspecció, vetllarà pel compliment homogeni d'aquesta Llei orgànica en el conjunt del territori, i, en particular, per l'accés en condicions d'igualtat i amb un enfoc d'equitat territorial a les prestacions i els serveis establerts en aquesta Llei orgànica".

A diferència de la Llei orgànica 2/2010, la Llei orgànica 1/2023 sí que esmenta de forma explícita els títols competencials estatals habilitants, que són el ja esmentat article 149.1.16 CE i, també, l'article 149.1.1 CE, que atribueix a l'Estat una competència exclusiva per a la regulació de les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals, sense precisar, però, quins articles queden emparats respectivament per cada una de les competències estatals, si bé amb la referència de l'article 4 a les "condicions d'igualtat" i a "l'equitat territorial" sembla que clarament s'inscriuen en aquest títol competencial.

2.3. La consolidació del dret fonamental a la interrupció voluntària de l'embaràs: STC 44/2023 i 78/2023

La Llei orgànica 2/2010 fou objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat el qual ha estat resolt pel Tribunal Constitucional mitjançant la STC 44/2023, de 9 de maig, amb posterioritat a la modificació operada per la Llei orgànica 1/2023.

Aquesta Sentència constitueix la consolidació del dret fonamental a la lliure interrupció de l'embaràs, posteriorment confirmada per la STC 78/2023.

D'entrada, la STC 44/2023 se separa de la doctrina establerta a la STC 53/1985, i afirma el ple reconeixement de la interrupció de l'embaràs com un dret de la dona al qual correlativament li correspon una prestació sanitària fora del Codi penal. Aquest canvi de criteri es fonamenta pel Tribunal en una interpretació evolutiva del text constitucional, en què el Tribunal afirma que la CE és un “arbre viu” que té l'obligació d'interpretar d'acord amb el moment històric. Aquesta interpretació, a més, es troba en línia amb el Tribunal Europeu de Drets Humans i és coherent amb la realitzada en altres ocasions, en què el TC ha garantit nous drets no previstos de forma expressa a la CE —com ara el dret a la protecció envers el soroll ambiental o el dret al matrimoni entre persones del mateix sexe—, tot partint de la premissa que el judici de constitucionalitat ha de tenir en compte el principi d'unitat de la CE i la interpretació del text de forma harmònica (STC 113/1994, 179/1994, 202/2000 i 9/2010) i, en el cas concret, ha tingut també en compte l'evolució que ha tingut el tractament normatiu de la interrupció voluntària de l'embaràs en el context internacional (FJ 2.B).¹⁸

El FJ 3r. de la STC analitza els drets i els béns constitucionals afectats per la interrupció voluntària de l'embaràs i és el més rellevant en la construcció del dret fonamental. El TC afirma que “la decisió de la dona d'interrompre el seu embaràs està emparada en l'art. 10.1 CE, que consagra la “dignitat de la persona” i el “lliure desenvolupament de la personalitat” i en l'art. 15 CE, que garanteix el dret fonamental a la integritat física i moral, si bé “atès que cap dret no té caràcter absolut, per determinar si els preceptes impugnats són o no conformes amb la CE, cal examinar si les normes recorregudes responen a una correcta ponderació entre els drets constitucionals de la dona embarassada i el deure de l'Estat de protegir la vida prenatal”.

D'acord amb aquest plantejament, el TC examina en primer lloc els drets constitucionals de la dona per a la interrupció voluntària de l'embaràs i, en segon lloc, els límits que pot imposar l'Estat a aquests drets per tal de protegir la vida prenatal. Pel que fa als drets de la dona, considera que aquests es troben emparats pel lliure desenvolupament de la personalitat, ja que aquest

18. Rodríguez, “Consensuando el disenso”, 508-509.

dret quedaria afectat “si s’imposessin a la persona decisions o opcions vitals de naturalesa particularment íntima i personal (...). L'embaràs, el part i la maternitat condicionen indiscutiblement el projecte de vida de la dona”. D'acord amb aquesta doctrina, el TC afirma que: “la decisió sobre si seguir endavant amb l'embaràs, amb les conseqüències que això comporta en tots els ordres de la vida de la dona —físic, psicològic, social i jurídic— enllaça directament amb la seva dignitat i el lliure desenvolupament de la seva personalitat, afecta la seva llibertat de procreació i condiciona indiscutiblement el seu projecte de vida”.

A continuació, el TC analitza la interrupció voluntària de l'embaràs en relació amb el dret a la integritat física i moral (FJ 3.B), tot conclouent que la decisió de la dona relativa a la interrupció voluntària de l'embaràs se situa dins del doble vessant positiu i negatiu protector d'aquest dret, tant pel que fa a la seva integritat corporal com a la seva integritat psíquica i moral.

D'acord amb aquests plantejaments, la STC 44/2023 conclou en el sentit que la protecció d'aquests drets exigeix del legislador el reconeixement d'un àmbit de llibertat en què la dona pugui adoptar de forma raonable, autònoma i sense cap tipus de coerció, la decisió que consideri més adequada sobre si continuar o no amb la seva gestació (FJ 3.D). Tal com ha subratllat la doctrina, la principal diferència entre la STC 44/2023 i la STC 53/1985 és el canvi de perspectiva en l'abordatge de la regulació de l'avortament: si a la STC 53/1985 el TC adopta la perspectiva del fetus, a la STC 44/2023 adopta la posició de la gestant i, en fer-ho, converteix *el dret a l'autodeterminació corporal* en la clau de volta del sistema democràtic.¹⁹

Ara bé, el TC també reconeix que el dret a la interrupció voluntària de l'embaràs no és il·limitat ni absolut, en tant que entra en col·lisió amb un bé jurídic que s'ha de protegir, que és la vida prenatal, per la qual cosa correspon al legislador orgànic, tot preservant el contingut nuclear d'aquest dret, establir les limitacions per al seu exercici. No obstant això, també adverteix que si les limitacions a l'exercici del dret es poguessin considerar injustificades o desproporcionades “atès que és un dret del qual són titulars les dones, aquestes limitacions vulnerarien el principi d'igualtat, ja que les diferències de tracte vinculades a la maternitat es consideren diferències de tracte fonamentades

19. *Ibíd.*, 509-510.

en el sexe, que és un àmbit de protecció reforçada dels drets de les dones” (FJ 8è.).

Des d'aquesta perspectiva, el TC analitza els articles impugnats i valida tant el sistema gradual de terminis previst a la Llei orgànica 2/2010 com els requisits establerts per a l'exercici de la interrupció voluntària de l'embaràs, tot afirmant al FJ 8è. que del preàmbul de la Llei s'extreu que el legislador respon al dret a la maternitat lliurement elegida de l'article 3.2 amb la correlativa creació d'una obligació a càrrec de les administracions públiques de garantir una prestació pública d'interrupció voluntària de l'embaràs que es configura com un dret públic subjectiu de caràcter prestacional. Així: “Les obligacions que atenen els poders públics constitueixen, per tant, una garantia per a l'exercici del dret, ja que aporten certesa i seguretat, ofereixen més garanties que un avortament clandestí i garanteixen la igualtat en l'exercici dels drets i l'accés a les prestacions”.²⁰

La darrera qüestió que tracta la STC és la pretesa contraposició entre el dret a l'objecció de consciència dels professionals sanitaris i el dret de les dones a la interrupció voluntària de l'embaràs. La STC considera que l'objecció de consciència, tot i que forma part de la llibertat ideològica i religiosa, no es pot formular amb caràcter general, sinó respecte d'un deure en concret. En la interrupció voluntària de l'embaràs legalment permesa, la llei ha d'harmonitzar el dret de l'objector amb la garantia de la prestació per part dels serveis de salut i amb els drets de la dona embarassada. El legislador té llibertat de configuració de l'objecció de consciència dins dels límits de la CE, ja que aquest dret és una excepció a un deure legal i, en conseqüència, cal que sigui interpretat de forma estricta. En conseqüència, la imposició d'una manifestació externa per part dels professionals sanitaris que vulguin exercir el seu dret a l'objecció de consciència de les seves reserves ideològiques, religioses o morals, i que el fet que aquesta s'hagi de fer per escrit i de forma anticipada, no es considera una restricció excessiva del dret.²¹

20. L'existència de paral·lelismes entre la legislació alemanya i espanyola i entre la Sentència del Tribunal Constitucional alemany de 1993 i la STC 44/2023 es posen en relleu per Huerta, tot conclouent que totes dues advoquen per una protecció del fetus basada en l'assessorament, l'educació i les ajudes i, per tant, fora de l'àmbit penal. Huerta, “¿Es constitucional la despenalització del aborto introducida por la LO 2/2010?”.

21. Un comentari crític a la Sentència des de la perspectiva del dret a l'objecció de consciència a Zaldibia, “Objeción de conciencia al aborto”.

Posteriorment, la STC 78/2023, de 3 de juliol, aprofundeix en els límits del dret fonamental en relació amb l'objecció de consciència quan entra en conflicte amb el dret a l'avortament i les obligacions dels poders públics, tot consolidant la construcció constitucional del dret a la interrupció voluntària de l'embaràs com a dret fonamental. Aquesta Sentència resol un recurs d'empара interposat per una persona que no ha pogut exercir el seu dret a la interrupció voluntària de l'embaràs dins de la seva comunitat autònoma i s'ha vist derivada a una clínica privada, fora d'aquest territori, per a l'exercici del seu dret.

La demandant d'empара al·lega haver estat víctima d'un tractament humiliant i vexatori en no haver-li estat dispensada tota la informació sobre el seu embaràs (catalogat com d'alt risc) ni sobre l'anormal desenvolupament fetal. En conseqüència, al·lega vulneració dels seus drets fonamentals a la integritat física i moral, a la intimitat familiar i personal, i a no patir discriminació.

La STC estima el recurs d'empара —tot i que té dos vots particulars— i confirma la línia iniciada per la STC 44/2023. Així, el FJ 5è. de la STC afirma que “com ha declarat la STC 44/2023, la interrupció voluntària de l'embaràs forma part del contingut constitucionalment protegit del dret fonamental a la integritat física i moral (article 15 CE), en connexió amb la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la personalitat com a principis rectors de l'ordre polític i la pau social (article 10.1 CE)”. Igualment, el TC estableix que aquest és un dret de configuració legal, en la mesura que la seva regulació i desenvolupament han de respectar el deure de l'Estat de protegir la vida prenatal.

La STC conclou en el sentit que no tota infracció d'aquest dret és constitutiva d'una infracció d'un dret fonamental: només si aquesta incideix directament en l'àmbit tutelat del dret fonamental pot ser objecte del recurs d'empара (FJ 5è.). Aquest àmbit tutelat és l'àmbit de llibertat que el legislador reconeix a la dona perquè pugui adoptar de forma autònoma i sense coerció de cap tipus la decisió que consideri més adequada quant a la continuació o no de la gestació, de forma que si es dificulta de forma rellevant l'accés a la prestació sanitària de la interrupció de l'embaràs o la seva pràctica, aleshores s'infringeix directament el dret fonamental. Amb aquesta precisió, doncs, el TC està delimitant el nucli essencial del dret fonamental que queda reservat al legislador orgànic en virtut de l'article 81.1 CE.

En el recurs interposat, un cop analitzats els fets, la STC atorga l'empària per considerar que no queda acreditat que en la comunitat autònoma afectada (Múrcia) existeixi una objecció de consciència generalitzada dels facultatius murcians, els quals, en tot cas, no l'han exercit amb els requisits establerts a la Llei orgànica 2/2010.

D'altra banda, la derivació a una clínica privada d'una altra comunitat autònoma comporta una vulneració del principi d'igualtat i de l'article 12 de la Llei, que obliga els poders públics a dur a terme la interrupció voluntària de l'embaràs en centres de la xarxa sanitària pública, llevat de supòsits excepcionals en què el servei públic de salut no pugui facilitar a temps la prestació i, en els fets denunciats, no s'ha acreditat aquesta excepcionalitat. En conseqüència, doncs, la protecció del dret fonamental obliga també les comunitats autònomes a disposar dels recursos i els serveis necessaris per poder realitzar la prestació dins de la xarxa sanitària pública, com a part del nucli essencial del dret fonamental.²²

Totes dues sentències comporten un punt d'inflexió en el reconeixement del dret fonamental a la interrupció voluntària de l'embaràs. Més enllà de les crítiques doctrinals,²³ el Tribunal Constitucional ha consolidat el dret a la interrupció voluntària de l'embaràs com un dret fonamental constitucionalment protegit, ha determinat els límits d'aquest dret quan entra en col·lisió amb la protecció de la vida prenatal o amb altres drets fonamentals com ara l'objecció de consciència, i ha establert l'obligació de l'Estat de crear el marc normatiu i els mecanismes d'execució necessaris per fer-ho possible. A partir d'aquí, analitzarem com es reparteixen les competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en aquest àmbit material.

22. Com ha subratllat la doctrina, no només la denegació del dret pot resultar inconstitucional, sinó també la inadequada prestació d'aquest dret. Gómez, "Sentència del Tribunal Constitucional 44/2023".

23. Torres critica la STC 78/2023 per entendre que podia haver anat més enllà i reconèixer constitucionalment "la realitat corpòria i sociosexual de les dones com a integrants del pacte convivencial". Torres, "La naturaleza jurídica del derecho de las mujeres a decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo". En sentit contrari, Sieria, "El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental de libertad".

3. El repartiment competencial amb relació als drets a la salut sexual i reproductiva i la interrupció voluntària de l'embaràs

Partint del reconeixement com a dret fonamental de la interrupció voluntària de l'embaràs i de la relació entre els drets a la salut sexual i reproductiva amb múltiples drets fonamentals, analitzarem a continuació els títols competencials que corresponen a l'Estat i a la Generalitat de Catalunya per a la protecció d'aquests drets i l'establiment de les corresponents prestacions.

3.1. Les competències de l'Estat i de la Generalitat en matèria de sanitat i dret a la salut

En la primera etapa, del 1978 al 2010, tal com hem exposat, els drets a la salut sexual i reproductiva —i, més concretament, el dret a accedir als serveis d'orientació i planificació familiar i als mitjans anticonceptius— se situen en l'àmbit de la sanitat i el dret a la salut, que és una competència compartida en la qual correspon a l'Estat la fixació de bases i la coordinació d'acord amb l'article 149.1.16 CE i, a Catalunya, el desplegament legislatiu i l'execució de la legislació bàsica estatal (article 17 EAC de 1979).

En la segona etapa, com veurem, que s'inicia amb la Llei orgànica 2/2010, hi ha un canvi en aquest marc competencial, ja que l'EAC de 2006 introdueix regles per delimitar millor la competència de la Generalitat en matèria de sanitat, li atribueix una nova matèria competencial —les polítiques de gènere—, i estableix drets i principis rectors vinculats a les competències atribuïdes.

Començant per la competència estatal de l'article 149.1.16 CE en matèria de sanitat, la jurisprudència constitucional ha delimitat la competència bàsica estatal en el sentit que comprèn la fixació de les bases, la coordinació general i l'Alta Inspecció (STC 42/1983, 87/1985, 22/2012 i 33/2017). Segons el TC: “La Constitució no només atribueix a l'Estat una facultat, sinó que li exigeix que preservi l'existència d'un sistema normatiu sanitari nacional amb una regulació uniforme mínima i de vigència en tot el territori espanyol” sens perjudici, però, “de les normes que sobre la matèria puguin dictar les comunitats autònomes en virtut de les seves respectives competències adreçades, en el seu cas, a una millora en el seu àmbit territorial d'aquest mínim comú

denominador establert per l'Estat, bé de les pròpies competències de gestió o de finançament que sobre la matèria tinguin d'acord amb la Constitució i els Estatuts" (STC 98/2004 i 22/2012). Així, la competència estatal ha "d'assegurar l'establiment d'un mínim igualitari de vigència i aplicació en tot el territori nacional en ordre al gaudi de les prestacions sanitàries, que proporcionï uns drets comuns a tots els ciutadans".

Aquesta regulació uniforme, des de la perspectiva del contingut, abasta la definició d'un model sanitari —en aquest cas, el legislador estatal ha optat per un model assistencial de finançament públic— que comprèn la determinació de les següents decisions bàsiques: la definició "dels beneficiaris de les prestacions sanitàries"; "el catàleg i el contingut d'aquestes prestacions i les seves modalitats" —les denominades per la llei carteres comunes de serveis: bàsiques, suplementàries i de serveis accessoris—, i "el sistema de finançament de la sanitat" aplicable a les diferents prestacions sanitàries (STC 136/2012, FJ 5è. i 71/2014, FJ 7è.).²⁴

Sobre aquestes bases, el TC reconeix que les CCAA, en virtut de les seves competències substantives i segons la seva autonomia financera, podran establir millores, sempre que no contravinguin les exigències que imposa el principi de solidaritat (art. 2 i 138 CE) (STC 98/2004), de forma que "la cartera comú de serveis es configura com un mínim bàsic, susceptible de millora per les comunitats autònomes a través de la carta complementària de serveis" (STC 64/2017, FJ 5è.). No obstant això, la competència autonòmica de desenvolupament i millora de les prestacions es pot veure també limitada per les bases estatals en determinats supòsits, tal com ha establert el TC a les STC 134/2017, 140/2017 i 145/2017, en què ha qualificat com a "formal i materialment bàsic el conjunt de preceptes que delimiten el concepte de qui ha de tenir accés al catàleg de prestacions del Sistema Nacional de Salut", ja que, en la seva opinió: "el reconeixement a les comunitats autònomes de competències per desenvolupar i millorar l'àmbit prestacional fixat per l'Estat es troba en funció, precisament, dels límits i de l'abast que fixin les pròpies bases estatals, amb fonament en els interessos generals que aquell justifiqui" (STC 134/2017).²⁵

24. Cobreros, "Artículo 149.1.16", 1355-1359.

25. Una crítica a aquestes sentències i al gir jurisprudencial que comporten, a Maldonado, "La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud".

Pel que fa a l'abast funcional de la competència, aquesta no es limita simplement a la potestat de dictar lleis, sinó que també inclou l'aprovació de reglamentacions tècniques sanitàries (STC 32/1983), l'elaboració de llistes sobre ingredients, components i additius alimentaris, o d'elements, ingredients o productes prohibits en tant que siguin nocius o perillosos per a la salut (STC 32/1983, 87/1985 i 91/1985), i la regulació de registres públics d'indústries, establiments i productes alimentaris (STC 32/1983).

Sobre la competència de coordinació general, el TC ha assenyalat que, tot i que presenta uns contorns difícils de definir, comprèn “la fixació de mitjans i de sistemes de relació que facin possible la informació recíproca, l'homogeneïtat tècnica en determinats aspectes i l'acció conjunta de les autoritats estatals i comunitàries en l'exercici de les seves respectives competències, de tal manera que s'aconsegueixi la integració d'actes parcials en la globalitat del sistema sanitari” (STC 32/1983, 147/1996, 22/2012 i 58/2015). És, doncs, una competència que inclou facultats executives, però que, al mateix temps, ha de respectar les competències executives de les CCAA. En l'actualitat, la competència de coordinació s'exerceix mitjançant el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.²⁶

Per últim, la doctrina constitucional ha reconegut que la competència estatal també inclou l'anomenada “Alta Inspecció” que, tot i no estar recollida a l'article 149.1.16 CE, es preveu en alguns estatuts d'autonomia —com el de Madrid— i també a la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del sistema nacional de salut. Aquesta competència es pot definir “com una competència estatal de vigilància”, però no com un instrument de control (STC 32/1983), ja que no implica dependència jeràrquica de les comunitats autònomes respecte de l'Administració de l'Estat.²⁷

Delimitada la competència estatal en els termes establerts, ens centrarem en la competència de la Generalitat prevista a l'actual article 162 EAC. Aquest precepte distingeix tres tipus diferents de competència en aquesta matèria.

En primer lloc, una competència exclusiva referida a la projecció de la potestat d'autoorganització en l'àmbit sanitari que es concreta en “l'organització, el

26. Cobreros, “Artículo 149.1.16”, 1360-1362.

27. *Ibid.*, 1362.

funcionament intern, l'avaluació, la inspecció i el control de centres, serveis i establiments sanitaris". El caràcter exclusiu de la competència es defineix a l'article 110 EAC, en el sentit que comporta, literalment, que correspon únicament a la Generalitat, de manera íntegra, l'exercici de la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, així com que el dret català sigui el dret aplicable en el territori de Catalunya amb preferència sobre qualsevol altre. No obstant això, aquesta exclusivitat s'ha de matisar d'acord amb la STC 31/2010 que, tot i declarar constitucional aquest precepte en el seu FJ 59è, el va reinterpretar en el sentit que el caràcter exclusiu d'una competència no impedeix, per si sol, que l'Estat pugui intervenir sobre el mateix àmbit material a l'empara dels seus títols competencials, ja que l'exclusivitat de la competència de la Generalitat es refereix al seu àmbit funcional-normatiu, però no a la totalitat de la matèria sobre la qual es projecta (en paraules de la STC: "l'exclusivitat no és coextensa amb la matèria") i, per tant, la STC admet la concurrència sobre el mateix espai físic o objecte jurídic de títols competencials estatals i autonòmics.²⁸

Pel que fa a l'àmbit de competència compartida, l'article 162.3 EAC especifica que comprèn "l'ordenació, la planificació, la determinació, la regulació i l'execució de les prestacions i els serveis sanitaris, sociosanitaris i de salut mental de caràcter públic en tots els nivells i per a tots els ciutadans; les mesures i les actuacions destinades a preservar, protegir i promoure la salut pública en tots els àmbits, incloent-hi la salut laboral, la sanitat animal amb efectes sobre la salut humana, la sanitat alimentària, la sanitat ambiental i la vigilància epidemiològica; la planificació dels recursos sanitaris de cobertura pública i la coordinació de les activitats sanitàries privades amb el sistema sanitari públic; la formació sanitària especialitzada i el règim estatutari, i la formació del personal que presta serveis en el sistema sanitari públic". Segons l'article 111 EAC —interpretat per la STC 31/2010—, en aquestes matèries correspon a la Generalitat la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, en el marc de les bases que fixi l'Estat, que li han de permetre establir polítiques pròpies.

Per últim, la Generalitat té una competència de participació en la planificació i la coordinació estatal en matèria de sanitat i salut pública, d'acord amb el que estableix el títol V que regula els mecanismes de participació. Actualment,

28. Viver i Pi-Sunyer, "Els efectes jurídics de la Sentència sobre l'Estatut", 66.

aquesta competència, com la de coordinació general de l'Estat, s'exerceix a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.²⁹

En el seu conjunt, doncs, la Generalitat disposa d'una àmplia competència en matèria de sanitat que l'habilita per desplegar actuacions normatives i executives per a la protecció dels drets de l'àmbit de la salut sexual i reproductiva, tant pel que fa a la planificació i l'organització dels serveis com també pel que fa als recursos, les prestacions i les mesures, i a la formació dels professionals sanitaris, en desplegament de les bases establertes per l'Estat i d'acord amb la seva potestat de coordinació, així com també de la competència de participació en l'exercici de les competències estatals.

3.2. La competència exclusiva de la Generalitat en matèria de polítiques de gènere i la configuració estatutària dels drets de les dones

A més a més, l'article 153 EAC atribueix a la Generalitat una competència exclusiva en matèria de polítiques de gènere, la qual s'ha d'exercir tot "respectant" el que estableixi l'Estat en exercici de la competència que li atribueix l'article 149.1.1 CE. La clàusula "respectant" —que és una tècnica per garantir l'exclusivitat de la competència de la Generalitat— afecta l'exercici de la competència, no pas la seva titularitat, de forma que la Generalitat, en exercir-la, ha de tenir en compte el que hagi establert el legislador estatal en exercici d'una competència sobre una matèria diferent, encara que relacionada amb la competència autonòmica.³⁰ Per a allò que aquí interessa, la competència exclusiva de la Generalitat comprèn diverses submatèries de les quals destaquem la lletra c), que inclou en tot cas: "La regulació de les mesures i els instruments per a la sensibilització sobre la violència de gènere i per a detectar-la i prevenir-la, i també la regulació de serveis i recursos propis destinats a aconseguir una protecció integral de les dones que han patit o pateixen aquest tipus de violència".

29. Sobre el significat dels mecanismes de col·laboració i participació estatutaris, Corretja, "La participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals a l'Estatut de 2006", 325-331.

30. Viver i Pi-Sunyer, "Les competències de la Generalitat a l'Estatut de 2006", 20.

A banda de les competències, cal assenyalar que l'EAC recull, per primera vegada, un conjunt de drets i de principis rectors que es corresponen amb els àmbits competencials de la Generalitat.³¹ En concret, l'article 19 EAC, que proclama els drets de les dones, conté dos drets que guarden relació amb la matèria competencial de les polítiques de gènere, com són el dret de les dones al lliure desenvolupament de llur personalitat i capacitat personal, el dret a viure amb dignitat, seguretat i autonomia, lliures d'exploació, de maltractaments i de tota mena de discriminació, i el dret de les dones a participar en condicions d'igualtat d'oportunitats amb els homes en tots els àmbits públics i privats.

Així mateix, l'article 41 EAC, sobre el principi rector en matèria de polítiques de gènere, estableix fins a cinc principis dels quals tres estan directament relacionats amb els drets a la salut sexual i reproductiva, com són:

- La garantia del compliment del principi d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes, tot esmentat expressament la garantia que les dones no siguin discriminades a causa d'embaràs o de maternitat.
- La garantia d'afrontar de manera integral totes les formes de violència contra les dones i l'obligació dels poders públics, en l'àmbit de llurs competències.
- Vetllar perquè la lliure decisió de la dona sigui determinant en tots els casos que en puguin afectar la dignitat, la integritat i el benestar físic i mental, en particular, pel que fa al propi cos i a la seva salut reproductiva i sexual (apartat 5 de l'article 41).

Cal tenir en compte que, tot i que van ser impugnats diversos articles d'aquest títol I de l'EAC, la STC 31/2010 no declara cap d'aquests articles inconstitucional, si bé precisa que els drets estatutaris només vinculen el legislador autonòmic i que estan referits a àmbits propis de les competències autonòmiques. Així mateix, el TC considera que la majoria dels drets continguts a l'EAC en realitat són mandats adreçats als poders públics de la comunitat autònoma, en el sentit que estableixen pautes per a l'exercici de les competències que aquestes tenen encomanades. Tot i aquesta aparent

31. Barceló, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*.

“degradació” dels drets estatutaris, com assenyala la doctrina, la seva configuració com a drets —i, a més, en una llei orgànica estatal, com és l'EAC— no exclou que puguin ser invocats en via judicial, per la qual cosa mantenen el seu caràcter de drets subjectius.³²

La STC 31/2010 també es pronuncia sobre la possibilitat que un estatut d'autonomia —que, no s'ha d'oblidar, és una llei orgànica estatal— pugui declarar o desenvolupar drets fonamentals tot establint que un estatut d'autonomia no pot afectar aquells drets que ja són fonamentals ni tampoc desplegar-los o regular-los, però, en canvi, sí que ho pot fer el legislador autonòmic ordinari, en la mesura que no afecti el nucli essencial del dret reservat al legislador orgànic estatal.

Quant a la impugnació concreta de l'apartat 5 de l'article 41, la STC 31/2010 el declara constitucional per entendre que té caràcter genèric i, per tant, no afecta el dret a la vida.

En síntesi, doncs, la Generalitat de Catalunya, a banda de la competència en matèria de sanitat, té una competència en matèria de polítiques de gènere que l'habilita per regular drets en l'àmbit de la salut sexual i reproductiva i, a més, el propi EAC proclama drets i li imposa obligacions per garantir la lliure decisió de la dona en relació amb la seva salut reproductiva i sexual, i el seu dret al lliure desenvolupament de la personalitat —principis que connecten amb el dret fonamental al lliure desenvolupament de la persona de l'article 15 CE—, sempre en el marc de les pròpies competències.

En exercici d'aquestes competències, el Parlament de Catalunya ha aprovat la Llei 5/2008, del dret de les dones a erradicar la violència masclista, que qualifica, com a formes de violència contra les dones, la “violència obstètrica i la vulneració de drets sexuals i reproductius”, la qual comprèn conductes com ara impedir o dificultar l'accés a una informació veraç i necessària per prendre decisions autònomes i informades; impedir l'avortament en supòsits legalment establerts, i dificultar l'accés a mitjans anticonceptius (article 4). Així mateix, la Llei estableix un conjunt d'obligacions dels poders públics de Catalunya, entre elles, assegurar l'efectivitat dels drets de les dones i el compromís de no discriminació. La Llei ha estat modificada per la Llei 17/2020,

32. Barceló, “Los efectos de la Sentencia 31/2010”.

amb l'objectiu d'equiparar els drets de les dones, les nenes i les adolescents transgènere amb els drets de les dones, les nenes i les adolescents previstos a la Llei 5/2008.

El TC ha tingut ocasió de pronunciar-se en dues ocasions sobre aquesta competència i l'ha qualificat com a instrumental per la seva complexitat, atès el seu caràcter transversal i intersectorial (STC 159/2016, dictada en relació amb la Llei catalana 17/2015, d'igualtat efectiva entre dones i homes, i la STC 44/2024 més recent, de 12 de març de 2024, que ha resolt el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel grup parlamentari del Partit Popular contra la Llei 17/2020). En aquest sentit, el TC ha establert que el legislador autonòmic pot establir mesures en matèria de política de gènere en aquells àmbits sectorials que siguin de la seva competència i ha establert determinats límits, que són, a banda de l'article 149.1.1 CE previst al propi EAC, la legislació penal i la reserva al legislador orgànic estatal prevista a l'article 81.1 CE (STC de 12 de març de 2024).³³

A banda de la Llei esmentada, el Govern de la Generalitat ha impulsat també diversos projectes i iniciatives per tal de protegir i garantir els drets a la salut sexual i reproductiva, com la garantia del principi d'equitat territorial en el dret a la interrupció voluntària de l'embaràs, que permet a les dones accedir a aquesta prestació de forma gratuïta i universal en totes les regions sanitàries catalanes tot escollint entre l'avortament farmacològic i el quirúrgic; la inclusió de l'educació sexual i afectiva al currículum educatiu i l'ampliació de nous drets, com l'equitat menstrual, que consisteix en la distribució gratuïta a través de les farmàcies d'un producte menstrual reutilitzable des de principis del 2024 —dret que es troba previst, com s'ha dit, a la Llei orgànica 1/2023—.

33. La STC 44/2024 estima parcialment el recurs en tant que la Llei catalana imposa obligacions als partits polítics i aquestes queden reservades a la Llei orgànica per l'article 81.1 CE. En canvi, desestima la impugnació de l'equiparació legal de les dones, les nenes i les adolescents transgènere i la impugnació dels articles que fan referència al consentiment sexual, tot establint que la Llei 17/2020 no modifica ni altera el que preveu el Codi penal en relació amb els delictes per agressions sexuals ni estableix mesures punitives. La STC té dos vots particulars, un d'ells perquè considera que la interpretació que fa el TC de la Llei 17/2020 s'hauria de portar a la decisió de la Sentència com a interpretació conforme a la Constitució, i el segon, perquè entén que, prèviament, s'havia d'haver resolt el recurs interposat contra la Llei estatal 4/2023, per a la igualtat real i efectiva de les persones trans i per a la garantia dels drets de les persones LGTBI.

3.3. La garantia de la igualtat i la incidència de la competència estatal de l'article 149.1.1 CE en l'àmbit dels drets sexuals i reproductius

Resta un últim títol competencial per analitzar i que ja hem apuntat, que és l'article 149.1.1 CE invocat pel legislador estatal, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva per a la regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals.

Atès que, d'acord amb la doctrina constitucional, l'article 149.1.16 CE ja inclou la garantia de la igualtat en l'àmbit del dret a la salut i les prestacions sanitàries, la competència estatal de l'article 149.1.1 CE en relació amb el dret a la salut hauria de quedar subsumida per aquella (tal com ha afirmat el TC en la STC 136/2012, entre moltes altres), ja que el títol competencial específic —en aquest cas, la sanitat— ha de prevaldre sobre el més genèric, que esdevindria, per tant, inaplicable per a la regulació de drets i prestacions vinculats al dret a la salut. En aquest sentit, tots aquells drets de configuració legal que se situen en l'àmbit del dret a la salut (drets d'informació sobre els serveis i programes sobre anticoncepció, avortament i prestacions i ajudes existents i drets d'accés a les diverses prestacions sanitàries i a sistemes d'anticoncepció) haurien de quedar ja subsumits en la competència bàsica i de coordinació general de l'Estat de l'article 149.1.16 CE, però també la referència a l'Alta Inspecció com a garantia de la igualtat que proclama l'article 4 de la Llei orgànica 1/2023, ja que aquesta matèria també forma part de la competència estatal.

D'altra banda, com hem dit, la regulació del dret fonamental a la interrupció voluntària de l'embaràs (articles 12 i següents) també queda reservada al legislador orgànic estatal per l'article 81.1 CE.

Cal, doncs, preguntar-se quin podria ser l'abast de l'article 149.1.1 CE en relació amb els drets a la salut sexual i reproductiva.

La resposta a aquesta pregunta requereix fer un breu apunt sobre la complexitat d'aquesta competència estatal, de la qual tant la doctrina com la jurisprudència se n'han ocupat a bastament per subratllar-ne l'amplitud i la

indefinició³⁴ i l'ús freqüent i sovint erràtic que n'ha fet el propi legislador estatal,³⁵ i que ha donat lloc a diferents interpretacions tant del Tribunal Constitucional com de la doctrina que l'ha estudiat amb profunditat.

Atès que la clàusula competencial estatal de l'article 149.1.1 CE es vincula amb el principi d'igualtat, que té caràcter instrumental i es pot aplicar a qualsevol sector material, i en la mesura que incorpora una concepció finalista (la garantia de la igualtat), té el potencial de desvirtuar tot el sistema de distribució de competències dissenyat per la CE i els estatuts d'autonomia i és una porta oberta a la creació de nous títols competencials a favor de l'Estat, si no se'n fa una interpretació restrictiva.³⁶ Fins ara, però, l'anàlisi de la pràctica que ha dut a terme el legislador estatal d'aquest precepte es caracteritza, precisament, per la indeterminació del seu abast.³⁷

La jurisprudència constitucional, per la seva banda, ha tingut una línia evolutiva que, amb algunes oscil·lacions inicials, s'ha anat consolidant en el sentit que l'article 149.1.1 CE no es refereix a la igualtat material ni a la igualtat com a matèria competencial, com tampoc és el vessant competencial d'altres principis o límits constitucionals com els articles 14, 138 i 139 CE, sinó a la igualtat de determinats aspectes del règim jurídic dels drets i deures constitucionals (STC 61/1997 i 65/2020)³⁸ o, com ha establert la doctrina, aquella concepció o filosofia de fons en relació amb drets que ja no estan totalment a disposició del legislador estatal.³⁹

La STC 61/1997, que ha constituït durant anys el paradigma en la delimitació d'aquesta competència estatal, estableix que les "condicions bàsiques" no són, ni des del punt de vista teòric ni en la seva aplicació pràctica, equivalents al concepte "legislació bàsica", "bases" o "normes bàsiques", de forma que aquesta competència no s'insereix en la lògica "bases estatals"-"legislació autonòmica de desplegament", ni pot dur a terme una normació completa i

34. López Guerra, "La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE".

35. Viver i Pi-Sunyer, "La clàusula competencial", 195.

36. Corretja, *La conflictivitat competencial*, 107.

37. Viver i Pi-Sunyer, "La clàusula competencial de l'article 149.1.1 CE", 202.

38. *Ibid.*, 197.

39. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*.

acabada del dret (FJ 7è.). La competència de l'article 149.1.1 CE és de caràcter instrumental i habilita l'Estat per establir unes condicions bàsiques que estan cridades a integrar un "marc polivalent en el qual hi càpiga una pluralitat de models autonomicosectorials",⁴⁰ mentre que la legislació bàsica estatal sí que té per objecte crear un model polític substantiu.

D'acord amb aquest plantejament, el Tribunal Constitucional no pot determinar quines són les condicions bàsiques en un sector concret; només ho pot fer el legislador estatal i, mentre no ho faci, el legislador autonòmic no pot vulnerar la competència estatal (STC 173/1998, 54/2002 i 64/2001).

Tot i que hem descartat que l'article 149.1.1 CE respongui a la lògica de bases estatals-desplegament autonòmic, sí que el destinatari d'aquestes "condicions bàsiques" ha de ser el legislador autonòmic, per la qual cosa la competència estatal de l'article 149.1.1 CE no exclou que el legislador autonòmic pugui regular el mateix sector material (en aquest sentit, STC 173/1998, 188/2001 i 54/2002), tot respectant aquelles condicions bàsiques. Això no implica, però, que l'article 149.1.1 CE únicament tingui una dimensió legislativa o normativa, ja que el Tribunal Constitucional també ha admès que la competència estatal de l'article 149.1.1 CE pugui tenir caràcter executiu (STC 290/2000), de forma que ha actuat, en ocasions, com una "clàusula d'igualació", que inclou, fins i tot, funcions executives i de gestió.⁴¹

Des del punt de vista de la projecció horitzontal de la competència, aquesta inclou els drets i els deures bàsics constitucionals en sentit estricte, i comprèn les condicions bàsiques del dret, però no es pot estendre a la regulació de les "condicions bàsiques" d'un sector material, ja que no funciona com un títol horitzontal. Ara bé, tot i que una part de la doctrina⁴² ha apuntat que només podria operar en relació amb els drets i els deures constitucionals del capítol II del títol I de la CE i no en relació amb els principis rectors de la política social i econòmica —entre els quals es troba el dret a la salut—, aquesta concepció més restrictiva no ha tingut una acceptació majoritària ni en la doctrina ni en la jurisprudència del Tribunal Constitucional.

40. *Ibíd.*, 130.

41. Aja i Viver, "Valoración de 25 años de autonomía".

42. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*.

Igualment, queden fora de l'abast del títol 149.1.1 CE els drets i els principis rectors estrictament estatutaris, en la mesura que no reproduïxin drets constitucionals (STC 247/2007).

Per tancar aquest *excursus* sobre l'article 149.1.1 CE, i tenint en compte el caràcter extraordinari d'aquesta competència,⁴³ la doctrina ha apuntat a la necessitat que les “condicions bàsiques” hagin de ser les imprescindibles o necessàries per garantir la igualtat, i ha proposat que hagin de superar un test de proporcionalitat per tal de ser considerades conformes amb la CE.⁴⁴

D'acord amb aquests plantejaments, i tornant als drets a la salut sexual i reproductiva, la invocació de l'article 149.1.1 CE només podria tenir un àmbit d'aplicació en l'establiment d'unes “condicions bàsiques” per garantir la igualtat d'altres drets diferents del dret a la salut i del dret fonamental a la interrupció voluntària de l'embaràs —la regulació dels quals troba cobertura en els articles 149.1.16 CE i 81.1 CE, respectivament— i que no constitueixin, tampoc, drets estatutaris.

En la mesura que la Llei orgànica 1/2023 no identifica quins són els drets i els deures constitucionals respecte dels quals estableix “condicions bàsiques” ni justifica la necessitat d'establir aquestes condicions, i vist que els drets regulats per la Llei es poden situar tots ells en l'àmbit del dret a la salut o bé d'algun dret fonamental, o fins i tot en l'àmbit dels drets estatutaris, la conclusió és que no existeix un espai normatiu per al legislador estatal en aquesta matèria, més enllà de la competència bàsica, de coordinació general i alta inspecció en matèria de sanitat i de la regulació del nucli essencial del dret fonamental a la interrupció voluntària de l'embaràs.

3.4. Les negociacions ex art. 33.2 LOTC entre l'Estat i la Generalitat amb relació a la Llei orgànica 1/2023

D'acord amb el cànon constitucional establert en els anteriors paràgrafs, si s'analitza la Llei orgànica 1/2023 s'observa com aquesta té una major densitat normativa que la seva predecessora —té 10 articles més—, conté diverses re-

43. Viver i Pi-Sunyer, “La clàusula competencial de l'article 149.1.1 CE”, 200.

44. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*, 150.

missions a reglaments estatals o, fins i tot, a protocols, i condiciona, amb un grau elevat de detall, el contingut i la forma d'executar les prestacions a càrrec de les comunitats autònomes, tot atribuint a l'Alta Inspecció de l'Estat, com hem dit, la funció de garantir “el compliment homogeni de la llei orgànica en el conjunt del territori” i “l'accés en condicions d'igualtat i amb un enfoc d'equitat territorial” a les prestacions i els serveis que regula.

En conseqüència, i amb la finalitat d'assolir un acord interpretatiu de la Llei respectuós amb les competències de la Generalitat i conforme a la CE, el Govern de la Generalitat de Catalunya va fer ús del mecanisme previst a l'article 33.2 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LOTC), que permet, en el termini màxim de tres mesos des de la publicació d'una norma amb rang de llei, sol·licitar l'obertura d'una negociació intergovernamental amb caràcter previ a la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat. En el cas que l'altra part —en aquest cas, l'Estat— accepti l'obertura de negociacions, el termini per interposar recurs d'inconstitucionalitat es prorroga sis mesos més, durant els quals les parts poden intentar arribar a un acord. Els acords poden ser de caràcter interpretatiu o de modificació de la norma qüestionada. En cas de no arribar a un acord, la part que consideri vulnerada la seva competència pot interposar recurs d'inconstitucionalitat davant del TC.

La negociació va versar sobre els següents articles:

- Article 11, apartat 1, segon paràgraf, en la mesura que atribueix en exclusiva al Ministeri de Sanitat la planificació, la coordinació, el desenvolupament i l'avaluació de l'Estratègia estatal de salut sexual i reproductiva, sense respectar la competència de desenvolupament normatiu de la Generalitat en matèria de sanitat.
- Article 17, apartat 2, últim paràgraf, que estableix que la determinació del contingut de la informació s'ha de fer per reglament del Govern Central, atès que la competència estatal bàsica s'ha d'exercir com a regla general mitjançant normes amb rang de llei.
- Article 17, apartat 5, que no preveu que es pugui assistir la dona d'un intèrpret si desconeix la llengua cooficial, previsió que sí que es contempla en relació amb el desconeixement de la llengua castellana.

- El nou article 18 bis, lletra c), que preveu la creació d'una línia telefònica específica amb finalitats informatives, sense respectar les competències executives i organitzatives de la Generalitat.
- El nou article 30, apartat 3, que estableix que les comunitats autònomes han de prendre com a model un protocol comú establert pel ministeri competent, en el sentit que l'Estat s'ha excedit en l'exercici de les seves competències bàsiques.
- La modificació de la disposició addicional primera, apartat 4, que fa una remissió a reglaments estatals.
- La disposició final primera, apartat 2, que modifica l'apartat 2, lletra b) de l'article 6 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat, que conté una habilitació legal a favor de l'Institut de la Mujer o el seu equivalent en l'àmbit autonòmic, sense respectar l'organització pròpia de la comunitat autònoma.

La negociació entre les parts es va concloure favorablement en tots els punts de controvèrsia plantejats i es va assolir un acord interpretatiu, aprovat per la Subcomissió de Seguiment Normatiu, Prevenció i Solució de Conflictes de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, que s'ha publicat al DOGC de 6.9.2023. Aquest acord, en síntesi, reconeix les competències de la Generalitat en l'àmbit dels drets a la salut sexual i reproductiva regulats per la Llei orgànica 1/2023, tant pel que fa al desenvolupament i l'execució de la matèria, com també a la competència de participació en la planificació estatal, reconeixement que s'estén a totes les competències executives en conflicte, tot fent esment expressament al fet que les competències estatals han de respectar el marge de desenvolupament reglamentari i d'execució de la competència de la Generalitat.

Conclusions

Per concloure aquest article, voldria destacar algunes qüestions.

La primera, la important fita assolida el 2023 per als drets de les dones, no només amb la regulació amb rang orgànic del dret fonamental a la interrupció

voluntària de l'embaràs, sinó també amb el reconeixement explícit d'aquest dret per les STC 44/2023 i 78/2023, després del llarg camí recorregut des de la despenalització del 1985.

No obstant això, cal tenir en compte que la regulació dels drets no és una matèria de l'exclusiva competència del legislador estatal; el legislador autonòmic també té un paper important en el desenvolupament, la consolidació i la implementació dels drets, fins i tot si aquests tenen rang fonamental, tal com ha establert el Tribunal Constitucional, d'acord amb les matèries competencials assumides pel seu estatut d'autonomia i tenint en compte també els drets i els principis rectors estatutaris. Per tant, la regulació dels drets no és un títol competencial autònom ni és una matèria exclosa de l'aplicació de les regles constitucionals i estatutàries de repartiment de competències.

En l'àmbit de la protecció del dret a la salut, en què les competències són compartides entre l'Estat i les comunitats autònomes, correspon a l'Estat la competència per fixar les bases, la coordinació general i l'Alta Inspecció, tot establint el mínim comú d'aplicació a tot el territori, però l'Estat ha de deixar un marge perquè *les comunitats autònomes puguin desplegar les bases estatals i establir millores*, en el marc de les seves polítiques públiques, amb l'extensió i l'aprofundiment que considerin necessari, d'acord amb les seves competències substantives i el finançament de què disposin. Si, a més a més, en el cas dels drets a la salut sexual i reproductiva, les comunitats autònomes tenen competències exclusives en altres matèries competencials relacionades amb aquests drets, com les polítiques de gènere, tindran una major capacitat per exercir les seves competències.

En conseqüència, la invocació de l'article 149.1.1 CE per l'Estat, ja sigui per crear nous drets o ja sigui per reforçar l'àmbit dels ja existents, sempre tindrà una incidència negativa en les competències autonòmiques i constituirà, per tant, un factor de recentralització competencial, ja que els drets es connecten amb àmbits materials sobre els quals les CCAA poden haver assumit competències substantives o instrumentals. Atès el potencial de l'article 149.1.1 CE per buidar de contingut les competències sectorials autonòmiques i per desvirtuar tot el sistema de distribució competencial dissenyat per la CE i pels estatuts d'autonomia, caldria que el seu ús pel legislador estatal es fonamentés en criteris de necessitat i proporcionalitat.

D'acord amb aquest plantejament, i amb la finalitat de minimitzar l'impacte de l'article 149.1.1 CE en el sistema de distribució competencial, el legislador estatal hauria de dur a terme un *exercici d'autocontenció* i fer-se dues preguntes abans d'exercir aquesta competència: és realment *necessari* emprar-la per assolir la finalitat perseguida o bé ja disposa d'altres facultats —com la reserva de llei orgànica de l'article 81.1 CE— o títols competencials —com en el cas de la sanitat, que ja incorpora en si mateixa la garantia de la igualtat— per garantir la igualtat? I en segon terme: la mesura que es vol adoptar compleix amb el *principi de proporcionalitat*? Aquest doble test, necessitat i proporcionalitat de la regulació estatal, hauria d'actuar com a garantia de l'àmbit competencial autonòmic, que, en tot cas, hauria d'incloure la fixació de polítiques públiques —si la competència autonòmica és exclusiva o compartida— i la regulació de l'organització i el conjunt de serveis i de recursos que es destinen a la protecció i la garantia d'aquest dret.

Com hem dit, l'existència d'un títol competencial a favor del legislador estatal *més específic*, com és el cas de l'article 149.1.16 CE en matèria de sanitat, en què l'Estat té una àmplia competència per fixar les bases, inclosa la garantia de la igualtat en l'accés al dret bàsic a la salut, la coordinació general i la potestat de l'Alta Inspecció, no deixa espai normatiu per a la competència estatal més genèrica de l'article 149.1.1 CE, ja que aquella competència ja li permet garantir “el compliment homogeni de la llei”, sense necessitat de cap altre títol competencial. Només en relació amb drets sobre els quals l'Estat no tingui una competència material bàsica i que no siguin drets fonamentals es podria admetre l'aplicació de la competència estatal de l'article 149.1.1 CE, però només per a establir aquelles “condicions bàsiques” enteses com a “facultats elementals, límits essencials, deures fonamentals, prestacions bàsiques, certes premisses o pressupòsits previs” i sempre evitant que això pugui buidar de contingut les correlatives competències autonòmiques de desplegament legislatiu i reglamentari, d'execució i de participació.

Aquest plantejament exigeix, doncs, evitar les remissions a futurs reglaments del Govern central, regular amb un grau de detall excessiu el contingut de les prestacions o els requisits que han de complir, i evitar, en tot cas, la reserva de funcions executives a ministeris i organismes estatals, tot impeding que aquestes funcions executives puguin ser exercides per òrgans de les comunitats autònomes amb competències en la matèria.

D'altra banda, en aquest article també s'ha fet palesa la necessitat de fomentar i utilitzar els mecanismes preventius de la conflictivitat competencial, com l'ús de l'article 33.2 LOTC, que permet assolir acords interpretatius respectuosos amb el sistema competencial.

Al capdavant, en l'anàlisi competencial que s'ha dut a terme, es fa evident, un cop més, la *vulnerabilitat* de les competències autonòmiques i la fragilitat de les regles competencials enfront dels títols competencials bàsics i transversals de l'Estat i la necessitat d'aplicar el *principi de la lleialtat institucional*. Aquesta *debilitat competencial* de les comunitats autònomes ha estat subratllada en nombroses ocasions per la doctrina, que l'ha considerat un factor indicatiu de la baixa qualitat de l'autonomia política, i enfront de la qual han estat endebades les reformes estatutàries del període 2006-2008.

La desconfiança del legislador estatal envers les comunitats autònomes o els motius ideològics o morals no poden servir d'excusa per a la "sobreregulació" estatal, per a la "legislació preventiva" o per a l'excés competencial, encara que la matèria objecte de regulació sigui l'àmbit dels drets sexuals i reproductius. El propi sistema constitucional disposa de mecanismes correctors per al cas que el legislador autonòmic no compleixi amb les seves obligacions i no garanteixi la prestació adequada, tal com posa en relleu la STC 78/2023, en assenyalar que la protecció última del dret fonamental resideix en el Tribunal Constitucional mitjançant el recurs d'empara.

Bibliografia

- Aja, Eliseo, i Carles Viver Pi-Sunyer. "Valoración de 25 años de autonomía". *Revista Española de Derecho Constitucional* 69 (2003): 69-113.
- Barceló Serramalera, Mercè. *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*. Madrid: Institut d'Estudis Autonòmics-Editorial Civitas, 1991.
- . "Los efectos de la Sentencia 31/2010 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 12 (2011): 61-91.
- Barnes, Javier. *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2004.
- Cobrerros Mendazona, Edorta. "Artículo 149.1.16. Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos". A M. E. Casas Baamonde, i M. Rodríguez Bravo-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comen-*

- tarios a la Constitución Española, 1355-1367. Madrid: Fundación Wolters-Kluber, 2008.
- Corretja Torrents, Mercè. *La conflictivitat competencial. La garantia del principi d'igualtat en l'article 149.1.1 CE*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 1991.
- . “La participació de la Generalitat en l'exercici de competències estatals a l'Estatut de 2006: les infraestructures del transport”. *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals* 5 (2007): 319-331.
- Fajula Colom, Sara. “Les dones per les dones: els centres de planificació familiar a Catalunya durant la transició”. *Actes d'Història de la Ciència i de la Tècnica. Nova època* 11 (2018): 37-67.
- Frençia, C., i D. Gaido. “Los orígenes del decreto soviético de legalización del aborto (1920)”. *Anuario de la Escuela de Historia Virtual* 9, n. 14 (2018): 26-52.
- Galdos Silva, Susana. “La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva”. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* 30, n. 3 (2013).
- Galoviche, Victoria. “Conferencia sobre población y desarrollo de El Cairo (1994)”. *Revista de Ciencias Sociales y Humanas RevIISE* 8, n. 8 (2016): 89-97.
- Gómez Fernández, Itziar. “Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo, Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio. Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo”. *Ars Iuris Salmanticensis AIS II* (2023): 257-261.
- Huerta Tocildo, Susana. “¿Es constitucional la despenalización del aborto introducida por la LO 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo?”. A *Constitución y democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Morral, 1753-1780*. Madrid: Universitas, 2012.
- Kelly, A., i T. Johnson. *A 25 años de Beijing: los derechos de las mujeres bajo la lupa*. ONU Mujeres, 2020.
- López Guerra, Luis. “La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE”. A *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 1992.
- Maldonado Molina, Juan Antonio. “La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud (STC 124/2017, de 16 de noviembre; STC 140/2017, de 30 de noviembre y STC 145/2017 de 14 de diciembre)”. *Foro Nueva época* 20 (2017): 305-315.
- Rodríguez Ruiz, Blanca. “Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática”. *Teoría y Realidad Constitucional* 52 (2023): 493-519.
- Sieria Mucientes, Sara. “El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023”. *Revista de las Cortes Generales* 116 (2023): 261-314.
- Torres Díaz, María Concepción. “La naturaleza jurídica del derecho de las mujeres a decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo: aspectos constitucionales”. *Revista Aranzadi Doctrinal* (2004): 181-199.

- Vela Sánchez, Antonio. “A propósito de la Ley orgánica 1/2023 por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción del embarazo”. *Diario La Ley* 10264 (2023): 1-14.
- Viver i Pi-Sunyer, Carles. “La clàusula competencial de l’article 149.1.1 CE”. A *Seminari Autonomia i Justícia*, 195-204. Barcelona: Consell Consultiu, 2004.
- . “Les competències de la Generalitat a l’Estatut de 2006: objectius, tècniques emprades, criteris d’interpretació i comparació amb els altres estatuts reformats”. A *La distribució de competències en el nou Estatut*. Barcelona: Institut d’Estudis Autònoms, 2007.
- . “Els efectes jurídics de la Sentència sobre l’Estatut”. *Revista Catalana de Dret Públic*. Especial Sentència 31/2020 sobre l’Estatut d’autonomia de Catalunya (2010): 64-68.
- Zaldibia Luengo, Pablo. “Objeción de conciencia al aborto: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo”. *Revista Vasca de Administración Pública* 127 (2023): 267-306.

Violencia de género y solapamientos competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas

Alicia González Alonso

Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y letrada del Tribunal Constitucional (España)

Gender-based Violence and Jurisdiction Overlaps between the Central State and the Autonomous Communities

ABSTRACT The main objective of this work is to analyse the constitutional doctrine developed in relation to the jurisdictional conflicts in matters of equality, especially in relation to the legislation emanating from the autonomous communities with the purpose of preventing, raising awareness and eradicating gender-based violence, as well as to establish comprehensive reparation mechanisms for victims. This doctrine, contained in Constitutional Court Judgments 159/2016 and 44/2024, analyses how the jurisdiction on gender policies, contained in some new-generation Statutes of Autonomy, should be interpreted, a jurisdiction established in the last of the cited judgments. of own or genuine content. As a consequence, the autonomous communities established their own gender policies not only under the protection of said jurisdiction but also other sectoral ones (housing, education, health, etc.) given the transversal nature of the subject. Firstly, the article briefly analyses the legislative framework, at both the State and regional levels, regarding gender-based violence, with special attention to possible jurisdiction overlaps. Secondly, it carries out a study of Constitutional Court Judgments 159/2016 and 44/2024 and the scope that these rulings confer on the autonomous communities in the regulation of said matter.

KEYWORDS gender-based violence; conflict of powers; State legislation on gender-based violence; regional legislation on gender-based violence; jurisdiction overlaps between the State and the autonomous communities.

RESUMEN El presente trabajo tiene principalmente por objeto analizar la doctrina constitucional recaída en relación con los conflictos competenciales que se producen en materia de igualdad, especialmente en relación con la legislación emanada de las comunidades autónomas con la finalidad de prevenir, sensibilizar y erradicar la violencia machista, así como establecer mecanismos de reparación integral de las víctimas. Dicha doctrina, recaída en las SSTC 159/2016

Artículo recibido el 5/4/2024; aceptado el 16/4/2024.

y 44/2024, analiza cómo debe interpretarse el título competencial denominado “políticas de género”, contenido en algunos estatutos de autonomía de nueva generación, título al que en la última de las sentencias citadas se le dota de un contenido propio o genuino. Como consecuencia de ello, las comunidades autónomas establecen sus propias políticas de género no solo al amparo de dicho título competencial, sino también de otros de carácter sectorial (vivienda, educación, sanidad, etc.) dado el carácter transversal de la materia. El trabajo analiza, en primer término y de forma somera, el marco legislativo tanto estatal como autonómico en materia de violencia de género, prestando atención a los posibles solapamientos competenciales y, posteriormente, realiza un estudio de las SSTC 159/2016 y 44/2024 y del alcance que dichas sentencias confieren a las comunidades autónomas en la regulación de dicha materia.

PALABRAS CLAVE violencia de género; conflicto de competencias; legislación estatal en materia de violencia de género; solapamientos competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas.

1. Introducción

A poco que se conozcan los títulos competenciales de los que disponen el Estado y las comunidades autónomas para ejercer una potestad —ya sea legislativa o ejecutiva— sobre una determinada materia o sector del ordenamiento jurídico, no hay duda alguna de que son varios los que ambos —Estado y comunidades autónomas— deben invocar y ejercer para prevenir, dar respuesta y tratar de erradicar la violencia de género. Legislación civil, penal y procesal, educación, vivienda, asistencia social, sanidad y medios de comunicación, entre otras, son materias cuya interrelación con la violencia machista es evidente. Los efectos que genera este tipo de violencia, que obliga a los poderes públicos a intervenir en un sinnúmero de materias o sectores de la realidad, en conjunción con nuestro complejo sistema de reparto competencial, ha traído como consecuencia que exista una normativa prolija, emanada de distintos entes territoriales, referida a la violencia de género y de la que hay que partir necesariamente para tratar de identificar los posibles solapamientos competenciales —u omisiones— que pueden producirse.

A lo anterior hay que añadir que algunos estatutos de autonomía (EE. AA.), tras las modificaciones de las que han sido objeto a principios del nuevo siglo, han incorporado nuevos títulos competenciales tales como “políticas de género” (art. 153 EA Cataluña), “promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres” (art. 70 EA Castilla y León), “prevención y promoción social ante todo tipo de violencia y, especialmente, la de género” (art. 31.37 EA Aragón), que invocan para regular aspectos referidos a

la violencia de género. Se plantea entonces el problema de cómo interactúan dichos nuevos “títulos competenciales”, que no se relacionan en los arts. 148.1 y 149.1 de la Constitución española (CE), pero sí en algunos estatutos de autonomía, con las competencias estatales y con otros títulos competenciales de las comunidades autónomas. Para ello resulta esencial desentrañar si tales “políticas de género” son, en sentido estricto, títulos competenciales o, por el contrario, constituyen políticas públicas, o simplemente nos encontramos ante una materia o ámbito de concurrencia competencial de distintos títulos habilitantes, estatales y autonómicos.

La complejidad del entramado competencial al que acaba de aludirse ha generado ya algunos conflictos entre el Estado y algunas comunidades que han traído como consecuencia la impugnación ante el Tribunal Constitucional de determinadas normas legales adoptadas por algunas comunidades autónomas en relación con la violencia de género.¹ Como se expondrá a continuación, con ocasión de la resolución de estos conflictos, me parece que la doctrina constitucional ha dotado de un contenido propio o genuino, desvinculado de otros títulos competenciales sectoriales, al título competencial “políticas de género”, permitiendo a las comunidades autónomas la implementación de políticas propias en esta materia considerada, ahora, en sentido estricto.

El objeto del presente trabajo es, precisamente, aproximarnos a la legislación existente —tanto estatal como de las comunidades autónomas— con la finalidad de detectar (algunos) de los conflictos, en su mayoría competenciales,

1. Se han interpuesto ya dos recursos de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos de dos leyes autonómicas que se han aprobado en relación con la violencia sexista: i) el primero de ellos, recientemente resuelto y al que me referiré más adelante, lo es en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista y que ha dado lugar a la STC 44/2024, de 12 de marzo; ii) el segundo, pendiente de resolver cuando se escriben estas líneas, se ha interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Vox contra la Ley del Parlamento de Canarias 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y cuyo art. 47 establece algunas previsiones referidas a supuestos de violencia sexista que se consideran contrarios a la Constitución por vulnerar el sistema constitucional de competencias. Además de los anteriores, es importante traer ya a colación la STC 159/2016, de 22 de septiembre que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con una Ley autonómica que, según su tenor, fue dictada al amparo de los nuevos títulos competenciales a los que se ha hecho referencia en el texto principal, en particular al de “políticas de género”. Si bien la regulación que resultó impugnada en este caso tenía por objeto materia laboral, la doctrina sentada por el Tribunal resulta trasladable a la materia de violencia de género.

que pueden producirse en la regulación de esta materia, examinando para ello la doctrina constitucional recaída con ocasión de la resolución de procesos constitucionales (no solo de aquellos que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes) que se han producido hasta la fecha. Para ello, dedicaré el siguiente epígrafe al marco legislativo referido a la regulación de la violencia de género, prestando atención tanto a la legislación estatal como a la autonómica y señalando algunos supuestos de posible solapamiento competencial. Posteriormente, se abordará el estudio de dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos con objeto del control abstracto de constitucionalidad de leyes autonómicas reguladoras de esta materia y que, en mi opinión, han propiciado un entendimiento ambivalente de lo que se entiende por “políticas de género” desde una perspectiva competencial.

2. Una breve referencia a la normativa estatal y autonómica relativa a la violencia machista y a los posibles solapamientos competenciales

La necesidad de dar una respuesta, que necesariamente ha de ser integral, al grave problema de la violencia de género ha generado una importante actividad legislativa tanto del Estado como de las comunidades autónomas en las dos últimas décadas. Aunque son varios los aspectos que merecerían destacarse de estos dos decenios en relación con el tema que nos ocupa, voy a referirme a tres de ellos: la unanimidad en la adopción de la ley estatal, que ha dado lugar incluso a un pacto de Estado; la transversalidad o el llamado *mainstreaming* de género; y el “progresivo cariz multinivel”² que se ha ido produciendo en la adopción de las medidas para la consecución de los objetivos y las finalidades establecidos por los poderes públicos, tomando un especial protagonismo las comunidades autónomas.

En efecto, hay que destacar que la primera ley estatal que trató de dar una respuesta integral, esto es, de carácter transversal, a los graves problemas que se derivan la violencia de género, fue aprobada por unanimidad.³ La

2. Así se ha definido la progresiva intervención en varios Estados descentralizados de los niveles subnacionales en relación con la violencia machista. Puede verse en este sentido Alonso Álvarez, “Las políticas de igualdad en España”, 57-58.

3. El Informe de la Subcomisión Parlamentaria para un Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género en el Congreso de los Diputados de 2017 se aprobó sin ningún voto en contra.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, por lo general, LO 1/2004), con la habilitación competencial de lo dispuesto en el art. 149.1. 1.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 17.ª, 18.ª y 30.ª CE, adopta una serie de medidas punitivas, preventivas, educativas, sociales y asistenciales que implican no solo a la administración central sino también a las comunidades autónomas, verdaderas protagonistas en el desarrollo y la ejecución de buena parte de las medidas.⁴ Como es sabido, algunas de las decisiones adoptadas por la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOMPIVG) solo podían ser aprobadas por el legislador estatal por las reservas competenciales previstas en la Constitución a favor de este. Tal es el caso de la creación de nuevos tipos penales, o de la modificación de la estructura orgánica del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, o de algunas medidas que tienen por objeto la protección judicial de las víctimas. También es de exclusiva competencia estatal la organización —en dicho nivel territorial— en materia de violencia de género, que se ha concretado en la creación de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia de Género y del Observatorio Estatal de la Violencia de Género y de las funciones que se les asignan.

Pero buena parte de los mandatos dirigidos a los poderes públicos lo son, en realidad, a las comunidades autónomas, ya que se refieren a materias de las que estas son competentes.⁵ Y es que, como ha apuntado un sector doctrinal, un amplio contenido de la Ley 1/2004, al no tener carácter orgánico, está abierto a la actuación del legislador ordinario —tanto estatal como autonómico—.⁶ Así, las medidas de carácter asistencial adoptadas por la LOMPIVG no impiden en modo alguno que las comunidades autónomas, en el ámbito

Se pone así de relieve que no se ha perdido el acuerdo (hoy mayoritario, pero no unánime) alcanzado en 2004.

4. El cariz multinivel al que se ha hecho referencia no solo se observa en los niveles subnacionales, sino también supranacionales e internacionales. La LOMPIVG, tal y como establece su exposición de motivos, acoge buena parte de las recomendaciones realizadas por organismos internacionales —citados en la propia exposición de motivos— con el fin de dar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.

5. Puede verse, entre otros, el art. 23. No obstante, hay que apuntar también que la Ley no solo establece mandatos al legislador —también a los autonómicos— sino que crea verdaderos derechos subjetivos, como las ayudas sociales previstas en el art. 27 que, aunque financiadas con cargo a los presupuestos generales del Estado, serán concedidas por las comunidades autónomas.

6. López Benítez, “Una aproximación a la normativa sobre violencia de género desde el Derecho administrativo”.

de sus competencias, establezcan otras distintas o mejoren las previstas en la citada norma. Como se verá, la respuesta de las comunidades autónomas no ha sido la misma. Aunque con carácter general se puede afirmar que las iniciativas autonómicas mostraron en los primeros años un alto grado de mimetismo con las llevadas a cabo por el Estado, no es esta la tendencia actual.⁷

En efecto, lo primero que hay que subrayar en cuanto a la normativa de las comunidades autónomas en relación con la violencia sexista es que, antes de la aprobación de la LOMPIVG, en algunas CC. AA. habían ya entrado en vigor normas con rango de ley aprobadas por sus parlamentos que tenían por objeto prevenir y dar respuesta, dentro del ámbito de sus competencias, a la violencia de género.⁸ Cuando esto ocurre, recién iniciado el siglo XXI, aún no se habían modificado los estatutos de autonomía y las CC. AA. buscaban amparo competencial para dictarlas bien en títulos competenciales de carácter sectorial recogidos en sus estatutos de autonomía, bien en preceptos estatutarios de alcance general que contienen mandatos a los poderes públicos autonómicos de promoción de la igualdad de mujeres y hombres.

Al margen de lo anterior, importa subrayar que algunos los estatutos de autonomía —en particular los llamados de nueva generación— incluyen en su parte dogmática o principal el derecho de las mujeres a la protección de los poderes públicos contra la violencia de género, estableciendo mandatos a dichos poderes autonómicos para la adopción de medidas preventivas, asistenciales y de fomento, entre otras, para lo cual deben dedicar a tal objetivo no solo recursos propios, sino establecer técnicas de colaboración con otros poderes públicos y, particularmente, con el Estado.⁹ Asimismo, esos mismos

7. Esta tesis fue advertida por Alonso Álvarez, “Las políticas de igualdad en España” 58, en 2010.

8. Tal es el caso de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y protección a las mujeres maltratadas de Castilla-La Mancha; la Ley del Parlamento de Canarias 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, y la primera ley española en establecer medidas de carácter integral en los casos de violencia machista, y la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas. Hay que subrayar, además, el caso de Castilla y León que fue pionera en materia de igualdad mediante la aprobación de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y que estableció un programa de apoyo integral a las mujeres víctimas de violencia machista mediante la creación de la Red de Asistencia a la Mujer.

9. *Vid.*, entre otros, el art. 16 EA Andalucía en el que se afirma el derecho de las mujeres a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas,

estatutos de autonomía —los llamados de nueva generación— incluyen también entre las competencias que asumen títulos competenciales en políticas de género con carácter general y, en particular, para erradicar, prevenir o responder a los graves problemas que genera la violencia de género.¹⁰

Lo primero que llama la atención es que dichas competencias en materia de violencia machista se asumen por las distintas comunidades de forma heterogénea, bien de forma exclusiva en algunos casos, bien de forma compartida con el Estado en otros. Así, entre los estatutos de autonomía que dicen asumir *competencias compartidas* con el Estado en violencia de género se encuentran: i) el art. 73.2 EA Andalucía, que establece que corresponde a dicha comunidad autónoma “la competencia *compartida* en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración central”. Dicho estatuto prevé además que la comunidad autónoma podrá establecer medidas para detectar, sensibilizar y prevenir situaciones de violencia de género, así como destinar recursos propios para proteger a las mujeres que sufren este tipo de violencia; ii) el art. 145.2 EA Canarias, que establece que corresponde a la comunidad autónoma “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica estatal en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración General del Estado”.

Otros estatutos de autonomía, por el contrario, establecen la asunción de competencias exclusivas en determinadas cuestiones referidas a la violencia de género. Tal es el caso, entre otros, del EA Aragón que, en su art. 31. 37.^a, incluye como *competencia exclusiva* de la comunidad autónoma la prevención y la pro-

asistenciales y ayudas públicas; el art. 17.2 EA Canarias, en el que se establece la adopción de políticas que proporcionen a las víctimas de violencia de género protección integral; el art. 14.2 EA Castilla y León, que establece también mandatos a los poderes públicos para la promoción y protección de las mujeres víctimas de violencia de género; el art. 41.3 EA Cataluña, que establece que las políticas públicas deben garantizar que se haga frente de modo integral a todas las formas de violencia contra las mujeres, y el art. 10.3 EA Valencia, que prevé que, entre otros muchos ámbitos, la actuación de la Generalitat se centrará “en la protección social contra la violencia, especialmente de la violencia de género”. Un mandato de protección enunciado de forma similar al anterior puede verse también en el art. 16 EA Islas Baleares.

10. Un análisis en profundidad de las competencias que asumieron los estatutos de autonomía de nueva generación en materia de igualdad efectiva y de violencia machista puede verse en León Alonso, “El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las Comunidades Autónomas”, 975 y ss.

tección social ante todo tipo de violencia, y, “especialmente la de género”. Los EE. AA. de Castilla y León e Islas Baleares asumen competencias exclusivas en materia de promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres “con particular atención a las mujeres víctimas de violencia de género” (art. 70. 11.º EA Castilla y León) y “en políticas de género” (art. 30. 37 EA Islas Baleares). Por otra parte, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, si bien afirma que asume la competencia exclusiva en materia de políticas de género, añade a continuación que lo hace “respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1.1 CE”.¹¹

Esta diversidad no solo de los contenidos estatutarios respecto de esta cuestión, sino, sobre todo, en lo atinente al alcance de la competencia que cada estatuto de autonomía dice asumir, anticipa que (también) esta materia generará litigiosidad entre el Estado y las comunidades autónomas en orden a delimitar el espacio competencial que corresponde a cada ente territorial.¹² No obstante, hay que llamar la atención sobre dos cuestiones a propósito de esa heterogeneidad de los estatutos de autonomía y que vienen a relativizarla o a privarla de importancia: por un lado, la inclusión en el estatuto de competencias en esta materia; por otro, el alcance de la competencia que afirman ostentar.

En primer lugar, hay comunidades autónomas que, aunque no han asumido competencias en materia de “políticas de género” o de “violencia sexista”, sus Parlamentos han aprobado normas con rango de ley que disciplinan dicha cuestión. Ello se debe a que no ha sido especialmente difícil encontrar habilitación en alguna previsión estatutaria, ya sea esta atributiva de competencias sectoriales o de establecimiento de mandatos a los poderes públicos autonómicos, que no engargen de algún modo con la violencia machista. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación del País Vasco que, al no haber modificado su Estatuto de Autonomía, no se contienen en él cláusulas competenciales similares a las acogidas en buena parte de los estatutos de nueva generación

11. Según dicho precepto, la competencia de la comunidad autónoma incluye, en todo caso, la regulación de las medidas que tengan por objeto la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección precoz. Asimismo, la previsión y la regulación de servicios y recursos propios dirigidos a proteger de forma integral a las mujeres que han sufrido violencia de género.

12. Salvo en el caso catalán, en el que se hace referencia al límite de lo dispuesto por el art. 149.1.1.ª CE, es llamativa la previsión de exclusividad de la competencia sobre todo teniendo en cuenta que cuando estos se aprobaron ya estaba en vigor la LOMPIVG.

y, por ello, se ampara en el art. 10.39 de dicha norma en cuanto prevé que la comunidad autónoma asume competencia exclusiva en la materia de “condición femenina”. O, en el caso gallego, cuya Ley 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, se dicta al amparo del mandato dirigido a los poderes públicos autonómicos contenido en el art. 4 del Estatuto de Autonomía, así como en el título competencial previsto en el art. 27.23 del mismo texto legal.¹³

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, según doctrina constitucional reiterada, el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas se ordena teniendo en cuenta lo dispuesto en la Constitución y en los estatutos de autonomía, en particular, en los arts. 148.1 y 149.1 de la Norma Fundamental, con las advertencias inmediatas que se hacen a continuación. De una parte, tanto la doctrina como el propio Tribunal Constitucional han puesto de relieve que no todas las competencias contenidas en el art. 149.1 CE son competencias “exclusivas del Estado”.¹⁴ Por otra parte, los estatutos de autonomía no pueden atribuir a las comunidades autónomas competencias que la Constitución no permite por más que estas se inserten en la norma institucional básica. Por ello, la determinación del alcance de la competencia prevista en cada uno de los estatutos no vincula al Tribunal Constitucional que, según su doctrina, no se encuentra constreñido por los encuadramientos competenciales previstos en las normas que se someten a su enjuiciamiento.¹⁵ En definitiva, según el Tribunal Constitucional, por más que los estatutos de autonomía cumplan una función esencial en la concreción y la definición de las competencias autonómicas, “lo que no pueden hacer es condicionar el contenido y el alcance de las competencias

13. Aunque los dos casos que se citan en el texto principal se refieren a dos comunidades autónomas que no han modificado su estatuto de autonomía, existen ejemplos de otras que sí han procedido a la modificación de su norma institucional básica y que no han introducido expresamente competencia alguna dirigida a erradicar la violencia de género. Tal es el caso, entre otros, del EA de Extremadura que no contiene en la regulación de las competencias ninguna específica referida a la violencia machista y, sin embargo, su Parlamento ha aprobado la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura. Tampoco la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA) establece competencia alguna a favor de la Comunidad Foral en materia de violencia de género, aunque también cuenta con legislación al respecto.

14. *Vid.* Fossas Espadaler, “Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”, 4308. Fossas cita en dicho trabajo la STC 37/1981 en la que el TC advirtió ya del sentido marcadamente equívoco del adjetivo “exclusivas” que califica a las competencias en el art. 149.1 CE.

15. *Vid.*, entre otras, STC 14/2004, FJ 6.

reconocidas en exclusiva a favor del Estado en la Constitución, pues estas serán, en todo caso, las que se deriven del propio texto constitucional interpretado por el Tribunal Constitucional”.¹⁶ Por tanto, el hecho de que se haya incorporado como un título competencial una materia que o carece de tal carácter, o no puede asumirse por una comunidad autónoma en los términos y con el alcance que se establece en su estatuto de autonomía, es algo que debe enjuiciar el Tribunal Constitucional.

Sea como fuere, esto es, se reconozca o no en los estatutos de autonomía un título competencial específico en materia de violencia machista, es importante volver a subrayar que algunos autores han puesto de relieve que las comunidades autónomas no han aprovechado todas las posibilidades que les ofrece su propio ámbito competencial para hacer frente a los graves problemas que genera este tipo de violencia.¹⁷ Así, solo algunas de las leyes autonómicas reguladoras de la violencia de género se han modificado en los últimos años con la finalidad de acomodar sus previsiones al Convenio de Estambul y al Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Como en otras cuestiones, la pluralidad de regulaciones, huyendo del mimetismo en la ordenación de la materia y estableciendo políticas públicas diversas, puede revelar qué acciones o qué medidas resultan más eficaces para prevenir y paliar los graves efectos que genera la violencia machista. O, expresado en otros términos, el ejercicio de la autonomía se erige en una condición esencial para concluir qué políticas públicas resultan más eficaces para la consecución de los objetivos antes expuestos como sucede, por lo demás, con el resto de materias respecto de las que las comunidades autónomas ostentan competencias.

De forma telegráfica, es procedente hacer alguna mención al contenido de las leyes autonómicas referidas a la violencia de género. Dichas leyes, con contenidos ciertamente diversos en algunos casos, tienen por objeto con carácter general implementar políticas públicas para sensibilizar a la sociedad de los graves problemas que genera la violencia de género, así como establecer medidas para prevenirla, erradicarla y dar respuesta a los casos en los que esta ya se

16. Arroyo Gil, *Distribución y delimitación de competencias*, 125.

17. Vid. en este sentido, López Benítez, “Una aproximación a la normativa sobre violencia de género desde el Derecho administrativo”, 19. Según el citado autor, algunas leyes autonómicas “recorren un camino inverso al de la Ley estatal [se refiere a la LO 1/2004] y rebajan la naturaleza de alguno de los derechos reconocidos por esta”.

ha producido. Algunas leyes autonómicas contienen en los primeros artículos de la ley definiciones acerca de cuestiones ligadas a esta materia tales como: i) qué se entiende por violencia de género;¹⁸ ii) quién o qué personas pueden sufrirla o padecerla, y iii) cómo acreditar ser víctima de violencia. En efecto, no todas las leyes autonómicas definen del mismo modo lo que se entiende por violencia de género o machista. Se ha señalado por algunos autores que esta falta de unicidad, aunque por un lado resulta enriquecedora, trasluce un diagnóstico diferente sobre un mismo asunto como consecuencia de la asunción de una posición política determinada, lo que se concreta en diferentes formas de intervención y protección, pudiendo producir distorsiones que, para ser evitadas, requerirían de un estándar mínimo de protección en todo el Estado.¹⁹ En el siguiente epígrafe diré algo en relación con esta última cuestión.

Dichas definiciones y regulaciones, como es obvio, no tienen por objeto regular las materias o sectores de la realidad sobre los que la comunidad autónoma tiene competencias —entre otras, sanidad, educación, vivienda, asistencia social, etc.—. En ocasiones, dichas regulaciones o definiciones que no están vinculadas con otras materias o sectores están ya ordenadas o disciplinadas en la LO 1/2004, pero dejan un amplio margen de libertad al legislador autonómico. Tal es el caso de la acreditación de situaciones de violencia de género, regulado en el art. 23 LOMPIVG.²⁰

Algunas leyes establecen una determinada organización institucional que se concreta en la creación de organismos —Institutos de la Mujer autonómicos, Comisiones, Redes de apoyo etc.—. Uno de los posibles solapamientos competenciales a los que se ha referido insistentemente la doctrina es al hecho

18. Por lo que se refiere al modelo andaluz, que está en consonancia con lo dispuesto en la Declaración sobre eliminación de la violencia sobre la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1993 puede verse Martínez Sempere, “Artículo 16”, 306-316.

19. Cabrera Mercado y Carazo Liébana, *Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género*.

20. Aunque la Ley estatal habilita a las comunidades autónomas a acreditar tal condición “por cualquier otro título [de los regulados en la Ley Orgánica 1/2004], siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos”, prevé en su último apartado que “el Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género”.

de que buena parte de las leyes autonómicas confieren legitimación activa al Gobierno autonómico o a estas instituciones que forman parte de la organización institucional autonómica para personarse como acción popular en los procesos penales que se sigan por violencia sobre la mujer.²¹ El hecho mismo de que sea la ley autonómica —en lugar de una estatal— la que prevea la acción popular y de que cada comunidad autónoma haya establecido criterios heterogéneos para determinar cuándo procede la personación afecta a la reserva prevista a favor del Estado en el art. 149.1.6.^a (legislación procesal).²² En otros sectores como el de la vivienda, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional la previsión legal autonómica en la que se establecía una acción popular a favor de todas las personas para exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales el cumplimiento de la normativa de vivienda (STC 80/2018, de 5 de julio). No obstante, hay que subrayar que en las SSTC 311/2006, de 23 de octubre, y 8/2008, de 21 de enero, el Tribunal otorgó el amparo por vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción (art. 24.1 CE) a las comunidades autónomas a las que se les había denegado la personación como acusador popular en procesos abiertos por violencia de género a pesar de existir un precepto legal autonómico que amparaba tal personación. En el caso de la STC 311/2006, el órgano judicial justificó la denegación de la personación de la Comunidad Valenciana con base en que la ley autonómica establece una forma de acusación que invade competencias del Estado y, además, es contraria a la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el FJ 5 de la citada sentencia, el TC considera que el órgano

21. Tal es el caso, entre otros, del art. 58 de la Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana; el art. 38 de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, y el art. 18 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas.

22. Algunos autores, entre ellos Oubiña Barbolla y Rey Morena, “Algunas reflexiones sobre el futuro de la Acción Popular”, han subrayado que los problemas de constitucionalidad que plantean este tipo de regulaciones no son solo competenciales, sino también presentan problemas desde la perspectiva del derecho de defensa del investigado-acusado, dado que “quizá puede ser injusto tener que enfrentarse a dos (!) acusaciones públicas, una la del Ministerio Fiscal y otra encubierta en forma de acusación popular. Coincidimos con esta opinión especialmente en los casos de violencia de género, pues no parece ser la violencia de género un asunto en el que pueda dudarse de la lectura de la legalidad que en el ejercicio de la acción penal haga el Ministerio Fiscal lo que haría decaer ese rol de vigilante del Ministerio Fiscal al que hemos hecho referencia anteriormente”.

judicial se extralimitó en sus funciones ya que es al Tribunal Constitucional al que le corresponde, en exclusiva, realizar el control de constitucionalidad de leyes postconstitucionales. Por ello, si el órgano judicial consideró que la ley era inconstitucional, debió plantear cuestión de inconstitucionalidad en lugar de inaplicarla. Es obvio que el Tribunal Constitucional podía haber promovido una autocuestión de inconstitucionalidad —art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)— con el fin de determinar si, en efecto, la norma autonómica había incurrido en inconstitucional por no respetar el orden competencial constitucionalmente establecido. Sin embargo, no lo hizo, dejando imprejuizada la cuestión competencial que subyace a estas normas autonómicas y que, hipotéticamente, podría plantearse de nuevo ante la jurisdicción constitucional vía cuestión de inconstitucionalidad. Desde luego, oportunidades ha habido para hacerlo, pero lo cierto es que no se han promovido.²³

Además de los contenidos expuestos, las leyes autonómicas establecen mandatos de actuación dirigidos a los poderes públicos autonómicos y, como no podía ser de otro modo, también reconocen verdaderos derechos subjetivos referidos a sectores de la realidad sobre los que la comunidad autónoma tiene competencia (sanidad, asistencia social, medios de comunicación, etc.). Es especialmente importante la regulación que se hace en algunas leyes autonómicas del derecho a la asistencia letrada de las mujeres que han sido objeto de violencia de género y en las que se reproduce —y se mejora en algunos casos— la regulación establecida en el Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo.²⁴ Esta reproducción en la legislación autonómica de preceptos establecidos en la normativa básica estatal supone un supuesto de *lex repetita* que, para no incurrir en inconstitucionalidad, requiere adecuarse a lo establecido en la doctrina constitucional.²⁵ Tenien-

23. Quizás a ello haya contribuido el hecho de que el Tribunal Constitucional, pudiendo haber activado en su día el mecanismo del art. 55.2 LOTC, no lo hizo.

24. Dicha modificación jurídica es una recomendación efectuada por el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia consistente en que se garantice a las víctimas de violencia de género un asesoramiento de calidad, especializado y prestado por letrados que no tengan antecedentes penales en violencia de género.

25. Según la STC 51/2019, que sintetiza la doctrina sobre esta cuestión, cabe concluir que: i) la reproducción de leyes estatales dictadas en el ejercicio de una competencia exclusiva en leyes autonómicas constituye un caso de inconstitucionalidad. Como consecuencia de esta doctrina se declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos incorporados a la Ley

do en cuenta las normas que integran el bloque de la constitucionalidad en esta materia, no creo que los supuestos de *lex repetita* incluidos en las leyes autonómicas de violencia sexista incurran en inconstitucionalidad ya que constituyen el ejercicio de competencias compartidas, permitiendo una mejor defensa jurídica a las mujeres que sufren esta lacra.

Por último, hay que subrayar que algunas leyes autonómicas establecen las competencias que los municipios asumen en esta materia, así como los mecanismos para asegurar la necesaria colaboración entre los distintos ámbitos territoriales.

La regulación de cuestiones relacionadas con la violencia machista no se agota en lo que dichas leyes abordan, valga la expresión, de forma monográfica tal materia. Todas las comunidades autónomas establecen medidas también en otras normas sectoriales que disciplinan medidas específicas relacionadas con la violencia machista.²⁶ Algunas de ellas suponen un desarrollo de lo previsto en leyes estatales, en particular, de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Orgánica 1/2004, ya que son las comunidades autónomas las competentes para realizar el pago de las ayudas contempladas en el mencionado precepto. Otras, por el contrario, son verdaderamente innovadoras y podrían coadyuvar, como ya se ha expuesto, a visualizar qué políticas son más eficaces para prevenir y erradicar este tipo de violencia, así como para proteger a sus víctimas.

aprobada por el Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de hombres y mujeres en la tantas veces citada STC 159/2016, ya que reiteraba el contenido de preceptos estatales dictados en el ejercicio exclusivo de su competencia legislativa en materia laboral; ii) sin embargo, no es inconstitucional la repetición de preceptos de leyes estatales en leyes autonómicas dictadas en el ejercicio de competencias compartidas siempre y cuando concurren dos requisitos. El primero es de carácter finalista y se refiere a que su inclusión en la ley autonómica se deba únicamente a hacer más comprensible el desarrollo normativo que la comunidad autónoma lleva a cabo de su propia competencia. No es ocioso apuntar que dichos preceptos repetidos incurrirán en inconstitucionalidad si son modificados en la ley estatal sin que este cambio legislativo tenga reflejo en la ley autonómica. El segundo se refiere a que el legislador autonómico debe ser fiel a lo dispuesto en la disposición estatal, no incurriendo en alteraciones de su texto o en omisiones relevantes.

26. En particular, en relación con ayudas al estudio para los hijos de las mujeres que sufren o han perdido la vida como consecuencia de la violencia de género, con el acceso a la vivienda, a la sanidad o a determinados servicios sociales.

3. La violencia sexista: ¿una “materia” o un genuino “título competencial” a los efectos de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas?

Como ya se expuesto anteriormente, algunas de las leyes autonómicas que, con base en diversos títulos competenciales recogidos en sus estatutos de autonomía han regulado cuestiones referidas a la violencia sexista, han sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional bien por la minoría parlamentaria —más de 50 diputados del Congreso de los Diputados—, bien por el presidente del Gobierno por considerarlas contrarias a la Constitución. Con carácter general, pero no exclusivamente, las razones aducidas por los recurrentes para interesar la inconstitucionalidad de dichas leyes son de índole competencial. Se examinan a continuación dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, las SSTC 159/2016, de 22 de septiembre, y 44/2024, de 12 de marzo, recaídas hasta la fecha en relación con esta cuestión.

3.1. La STC 159/2016, de 22 de septiembre

La primera de las sentencias que tiene interés traer a colación es la STC 159/2016, de 22 de septiembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con algunos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.²⁷ Como suele ser habitual en todas las sentencias que resuelven conflictos competenciales, el Tribunal comienza por realizar el encuadre competencial de los preceptos impugnados, para lo cual trae a colación los títulos invocados por el Estado y

27. El recurrente fundó el recurso en que algunos preceptos de la ley autonómica vulneraban competencias reservadas por la Constitución al Estado, en particular, en materia de legislación laboral (art. 149.1.7 CE). Buena parte de los preceptos impugnados estaban incardinados en el capítulo IV de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, que regula las políticas públicas para la promoción de la igualdad en distintos ámbitos. Dentro de este capítulo, la Sección Tercera, que lleva por rúbrica “Trabajo, empleo y empresa”, en la que se incluyen algunos de los preceptos impugnados, establece medidas para garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral. Es patente, por tanto, que el título competencial controvertido fue, precisamente, la relación laboral por cuenta ajena que es, precisamente la reservada a favor del Estado en el art. 149.1.7 CE.

la comunidad autónoma. La abogacía del Estado adujo que la regulación autonómica invadía el art. 149.1.7 CE, esto es, las competencias del Estado en materia de legislación laboral. Argumentó en la demanda que la comunidad autónoma, a la que solo le correspondía la ejecución de la legislación laboral, había regulado mediante la ley la mencionada materia, excediéndose así del reparto de competencias establecido constitucionalmente. De contrario, se alegó que la comunidad autónoma sí podía llevar a cabo tal normación con base en lo previsto en el art. 153 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), que atribuye competencias a dicha comunidad autónoma en políticas de género.

Lo primero que hay que subrayar es que el Tribunal Constitucional considera “las políticas de género”, concepto invocado por la comunidad autónoma de Cataluña para justificar el ejercicio de la potestad legislativa, tanto una “materia” (sector de la realidad que es objeto de normación) como un “título competencial” (materia más función) a los efectos de determinar a qué ente territorial, si al Estado o la comunidad autónoma, corresponde la regulación que se acometía en dicha norma, reguladora en esencia de cuestiones de índole laboral.²⁸ No obstante, la STC 159/2016 aclara inmediatamente que dicha “materia” y “título competencial”, debido a su carácter intersectorial y transversal, se proyecta de modo genérico sobre todas “las materias” reguladas en la ley, por lo que, si existe un título específico que puedan invocar bien el Estado o las comunidades autónomas, la “competencia sobre política de género” pasa a un segundo plano ya que, en otro caso, precisamente por su carácter transversal, sería capaz de introducirse o penetrar en cualquier materia o sector del ordenamiento jurídico.

Con base en lo anterior concluye afirmando que las comunidades autónomas solo pueden dictar medidas relativas “al *título competencial de políticas de género* en caso de que afecten a sectores sobre los que tenga competencia”. Parece

28. En efecto, en el FJ 2 *in fine* de la STC 159/2016 se afirma: “La *materia política de género* se proyecta de un modo genérico sobre todas las materias reguladas en la Ley de igualdad pero si existe un título específico que atribuye al Estado o a la comunidad autónoma competencia sobre una determinada materia la competencia sobre política de género pasa a un segundo plano pues, de lo contrario, quedaría desbordado el ámbito y sentido de este *título competencial* que no puede operar como un título capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento. El legislador autonómico puede dictar medidas relativas al *título competencial de políticas de género* en caso de que afecten a sectores sobre los que tenga competencia”. El subrayado es añadido.

obvio que tal forma de razonar, a pesar de haber considerado inicialmente a las “políticas de género” como un título competencial, vacía de contenido dicha cláusula.²⁹ Sin embargo, hay que advertir que, a renglón seguido, la STC 159/2016 afirma que “es necesario examinar los preceptos legales impugnados para lo cual será necesario determinar previamente en cada caso si se encuadran en la materia “legislación laboral” o “políticas de género””. En definitiva, el Tribunal, aunque asume y reconoce la existencia de un título competencial en “políticas de género” incluido en el Estatuto de Autonomía, lo vacía de contenido en cuanto que considera que dicho título se proyecta sobre todas las materias o sectores de la realidad, por lo que la comunidad autónoma solo puede dictar medidas referidas a tal título si afecta a materias sectores de la realidad sobre los que tiene competencia.

En aplicación de dicha doctrina, salvo los preceptos que enuncian principios generales o directrices de actuación hacia los poderes públicos catalanes — que son los destinatarios de la norma—, fueron declarados inconstitucionales y nulos todos los que establecían obligaciones para los empresarios y sindicatos por considerar que, en realidad, ordenaban mediante ley una materia reservada al Estado en el art. 149.I. 7.^a CE. El hecho de que el Tribunal resolviera de este modo venía a confirmar que el título competencial “políticas de género” contenido en el art. 153 del Estatuto Autonomía de Cataluña no podía ser invocado para desplazar las competencias del Estado —en este caso, de legislación laboral—, quedando limitado al establecimiento de directrices o criterios de actuación de los poderes públicos catalanes en el ámbito de sus competencias.³⁰ O, expresado en otros términos, el título competencial “políticas de género”, sin quedar del todo vacío de contenido, solo puede amparar, debido al carácter transversal de la materia,³¹ el establecimiento de

29. Es cierto que, a renglón seguido, la STC 159/2016 afirma que es necesario examinar los preceptos legales impugnados “para lo cual será necesario determinar previamente en cada caso si se encuadran en la materia ‘legislación laboral’ o ‘políticas de género’”. Aunque aquí se utilice el término materias, parece referirse al concepto “títulos competenciales”.

30. Así, por ejemplo, aunque la sentencia considera que la ley no puede imponer la obligación a todas las empresas de contar con un plan de igualdad por tratarse de una regulación que se incardina en la materia “legislación laboral”, sí puede establecer un mandato a los poderes públicos catalanes para promover y favorecer su implantación en aquellas empresas que, según la regulación estatal, no tienen la obligación de elaborar dichos planes.

31. Reservo el calificativo transversal a la materia políticas de género. Aunque la STC 159/2016 califica indistintamente de “título competencial” y “materia” a las políticas de género, el adjetivo “transversal” parece únicamente tildar a la materia y no al título competencial.

directrices de actuación a los poderes públicos autonómicos en el ámbito de sus competencias sectoriales.

Hay que advertir, por lo que se dirá más adelante, que en el FJ 4 de la STC 159/2016 el Tribunal enjuicia la constitucionalidad de determinados preceptos relativos al régimen sancionador en los que se regulan las infracciones administrativas en materia de igualdad de mujeres y hombres, las sanciones, los responsables, la competencia y el procedimiento, la prescripción y la concurrencia con el orden jurisdiccional penal. Una vez examinados el contenido y el objeto de los preceptos impugnados, el Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de dichos preceptos debido a que no establecían el régimen sancionador aplicable exclusivamente en materia laboral, sino el general para la totalidad de las materias reguladas en la ley. Por esa causa, esto es, porque su objeto no era “legislación laboral”, no se aplicó la misma razón de decidir a estos preceptos que al resto de los impugnados y declarados inconstitucionales.

Más allá de que la STC 159/2016 incurra en una confusión entre lo que debe entenderse por materia y título competencial e incluso reconozca, al menos formalmente al realizar el encuadre competencial, que la comunidad autónoma tiene competencia exclusiva en “políticas de género”, puede derivarse de este pronunciamiento constitucional que el Tribunal considera a las “políticas de género” más como “políticas públicas” que la comunidad autónoma promueve en su ámbito competencial sectorial que como un título competencial con un contenido propio o genuino.³² No obstante, como se verá a continuación, esta línea jurisprudencial parece que se ha matizado tras la STC 44/2024, de 12 de marzo.

3.2. La STC 44/2024, de 12 de marzo

Más recientemente, el Tribunal ha dictado la STC 44/2024, de 12 de marzo, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con la

32. En efecto, por más que la STC 159/2016 analice en cada uno de los preceptos impugnados si debe prevalecer la “materia” de políticas de género o la materia laboral a los efectos de determinar la competencia, los títulos competenciales y las materias a los que estos se refieren son los que se enumeran en los arts. 148.1 y 149.1 CE y, entre ellos, no se encuentra la materia “políticas de género”.

Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia de género,³³ que, en mi opinión, se aproxima a la resolución del problema competencial referido a “políticas de género” de modo diferente a como lo había hecho la STC 159/2016 debido a que, como se verá, el objeto sobre el que se proyecta el control de constitucionalidad permite dotar de un contenido propio al título competencial “políticas de género” contenido en el EA de Cataluña.

Si bien la STC 44/2024 reitera y reproduce la doctrina establecida en la STC 159/2016, el Tribunal comienza por analizar los preceptos legales cuya constitucionalidad se ha cuestionado “a los efectos de verificar si, como alegan los recurrentes, existen títulos competenciales específicos [estatales] que, dado su carácter preferente, desplazan a un segundo plano la competencia autonómica” que, a la vista de lo afirmado en la sentencia, parece que no es otra que “las políticas de género”.³⁴ No obstante, la diferencia fundamental de este asunto con el resuelto en la STC 159/2016 es que buena parte de los preceptos impugnados son definiciones establecidas en la ley para que surtan efectos solamente en lo que en ella se regula y que, como se verá a continuación, atribuyen un significado propio a conceptos referidos no solo a cuestiones esenciales o definitorias de las políticas de género, sino también de los derechos de la personalidad.

En efecto, los preceptos de la ley autonómica impugnados regulan (i) por un lado, las definiciones contenidas en la propia ley respecto de lo que debe

33. Un comentario sobre las razones que llevaron al legislador autonómico a modificar la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia de género puede verse en Román Martín, “La Llei 5/2008, del dret de les dones a erradicar la violència masclista”, 65-104. Como ya se ha apuntado anteriormente, una de ellas es acoger las nuevas medidas introducidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul).

34. Así se establece en la sentencia que, tras referirse a la finalidad y el objetivo de la ley, considera que la materia en la que se encuadra su regulación es la de políticas de género dado que “la ley establece una serie de medidas generales que han de orientar la actuación de las administraciones públicas catalanas; medidas de prevención, detección y sensibilización, así como asistencia, protección y recuperación integral de la víctima. Medidas que no van acompañadas de efectos punitivos, ya sea en el orden sancionador administrativo ya sea en el orden penal, y que operan en ámbitos tales como la educación, salud, medios de comunicación, vivienda, ocupación o prestaciones económicas”.

entenderse por “mujer”, “consentimiento sexual” y “violencia machista”.³⁵ Según los recurrentes, dichas definiciones son contrarias a los arts. 149.1.6.^a CE (competencia exclusiva estatal en materia de regulación penal) y 149.8.^a CE (competencia exclusiva del Estado en la ordenación de los registros públicos). La lesión del artículo 149.1.6.^a CE se produce según los recurrentes porque la definición de lo que debe entenderse por mujer, por consentimiento sexual y por violencia machista se separa de lo dispuesto en la LOMPIVG y de los tipos previstos en el Código Penal. De este modo y por lo que se refiere a la definición del término mujer, los recurrentes sostienen que la norma legal autonómica sustituye el “sexo” (que es el que rige en el derecho estatal) por la “identidad de género” (que es el contenido en la norma autonómica) en la definición de los sujetos activo y pasivo de la violencia de género que, según los recurrentes, resulta contrario a la reserva estatal en materia de regulación penal. Además, establece una definición de lo que debe entenderse por consentimiento sexual que no es coincidente con la establecida en la legislación penal, lo que supone que el legislador autonómico está creando un verdadero catálogo de formas de violencia con pretensión aparentemente punitiva. Asimismo, los recurrentes consideran que la inclusión de las “mujeres, niñas y adolescentes transgénero” en el término “mujeres” contenido en la ley autonómica es también contraria a lo dispuesto en el art. 149.1.8.^a CE (ordenación de registros públicos); (ii) por otro lado, los recurrentes alegan que la regulación mediante la que se imponen obligaciones de autoorganización a los partidos políticos es vulneradora no solo de la reserva de ley orgánica contenida en el art. 81.1 CE, sino también del orden constitucional de distribución de competencias, en particular, del art. 149.1.1.^a CE en conexión con los arts. 20, 22 y 23 de la Norma Fundamental.³⁶

35. Son objeto de impugnación los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 17/2020 que modifica la Ley 5/2008. El art. 1 establece que las referencias a las mujeres que hace la ley incluyen también “a las mujeres niñas y adolescentes transgénero”, lo que se considera contrario por los recurrentes a los arts. 149.1.6.^a y 149.1.8.^a CE.

El art. 2 regula, entre otras cuestiones, la definición de lo que debe entenderse por consentimiento sexual —que es la que se impugna— y que, según los recurrentes, difiere de lo previsto en el ordenamiento jurídico penal, incurriendo, así, en infracción de lo establecido en el art. 149.1.6.^a CE.

El art. 3 define las formas en las que puede ejercerse la violencia machista. Tal regulación, según los recurrentes, supone llevar a cabo una auténtica labor de tipificación jurídico-criminal que infringe lo dispuesto en el art. 149.1.6.^a CE.

36. El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales y nulos los preceptos de la ley autonómica referidos a la organización de los partidos políticos por vulnerar la reserva de ley

Por lo que se refiere al primer grupo de preceptos impugnados —que son los únicos que se van a tener en cuenta en este epígrafe—, la sentencia desestima íntegramente el recurso de inconstitucionalidad al considerar que no se invade ninguno de los títulos competenciales invocados por los recurrentes dado que los preceptos impugnados: i) no tienen efectos punitivos (ya sea penales o administrativo-sancionadores); ii) no interfieren en materia de ordenación de los registros públicos, ya que ni se ve afectada la función del sexo como categoría de relevancia jurídica a efectos registrales, ni tampoco se establece un cauce de rectificación del sexo al margen del legalmente previsto por la ley estatal; iii) por lo que se refiere a la inclusión de las mujeres transgénero en el término “mujer”, el Tribunal considera que la ley autonómica no amplía ni modifica el sujeto pasivo de los tipos penales, sino únicamente tiene por objeto “lograr la protección y reparación integral de la mujer en situación de violencia machista, y ello al amparo de las competencias autonómicas en materia de políticas de género *ex art. 153 EAC*”. Con cita de lo establecido en las SSTC 85/2018 y 83/2020 la sentencia concluye que no puede considerarse contrario a la Constitución que los ordenamientos jurídicos autonómicos reconozcan a las mujeres transgénero como mujeres víctimas de la violencia machista “a los solos y exclusivos efectos de hacerlas destinatarias de un conjunto de medidas de carácter asistencial que buscan una reparación integral del daño sufrido”, ya que ello no lleva aparejada injerencia alguna en las competencias de los órganos judiciales penales.

Asimismo, y por lo que se refiere a la posible inconstitucionalidad de la inclusión de las mujeres transgénero en la definición del concepto “mujer” contenida en el art. 1 de la Ley impugnada por su posible incompatibilidad con el

orgánica establecida en el art. 81.1 CE. Dicho precepto establecía obligaciones a los partidos políticos, entre otras, contar con un plan de igualdad y un protocolo para la prevención, la detección y la actuación ante la violencia de género “que ejerzan, dentro o fuera de la organización, afiliados y simpatizantes” y, en determinados casos, otras personas que hayan sido designadas para una función específica en el partido; contar con una persona experta en violencia de género para conducir las investigaciones correspondientes, asesorando a las víctimas, adoptando medidas cautelares y previendo medidas de reparación adecuadas, entre otras; incorporar en los estatutos la obligación de no realizar actos de violencia machista así como prever en sus estatutos que, de cometerse tales actos, darán lugar a la suspensión de militancia o expulsión del partido político; por último, se impone a los partidos difundir el protocolo y actualizarlo, entre otras obligaciones. Como ya se ha expuesto, la meritada sentencia ha declarado la nulidad de tal precepto por invadir la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81 CE. Por ello, una vez apreciada la inconstitucionalidad por tal motivo, el Tribunal, como no podía ser de otro modo, no examinó el resto de las quejas aducidas por los recurrentes, referidas a que tal regulación no resultaba respetuosa con el orden de competencias constitucionalmente establecido.

art. 149.1.8.^a CE, el Tribunal afirma que la finalidad del mencionado precepto autonómico “no es otra que el reconocimiento de las mujeres transgénero que no han llevado a cabo la rectificación registral de sexo como víctimas de la violencia machista, a los solos efectos de hacerlas destinatarias de un conjunto de medidas de carácter asistencial que buscan una reparación del daño sufrido, adoptadas al amparo de las competencias autonómicas *ex* art. 153 EAC”. Tal forma de razonar, que se refiere a las mujeres transgénero que “no han llevado a cabo la rectificación registral”, requiere los siguientes comentarios.

En primer lugar, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional interpreta que la alusión a las mujeres transgénero contenida en el art. 1 de la Ley impugnada se refiere a aquellas que, aun no constando inscritas como mujeres en el Registro Civil, se sienten mujeres. En segundo lugar, el anterior razonamiento impide afirmar que la ley catalana haya incurrido en lo que podría denominarse “constitucionalidad sobrevenida” tras la aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante, por lo general, Ley 4/2023). El art. 43 de la citada Ley confiere a las personas mayores de 16 años el derecho a solicitar la mención registral relativa al sexo sin que esta se condicione “a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole” (art. 44 de la Ley 4/2023). En efecto, teniendo en cuenta que la Ley autonómica impugnada se aprobó el 22 de diciembre de 2020, esto es, con anterioridad a la Ley estatal 4/2023, y estando entonces vigente la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención al sexo de las personas —que sí establecía, con alguna excepción, acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado—, podía interpretarse que la inclusión en el concepto de mujer “a las mujeres, niñas y adolescentes transgénero” se refería a las ya inscritas como tal en el Registro Civil, posibilidad esta solo viable tras la entrada en vigor de la Ley 4/2023. Sin embargo, esta interpretación queda descartada tras el razonamiento del Tribunal Constitucional en el FJ 4 antes transcrito que, como ya se ha dicho, considera mujeres a los efectos de la ley autonómica a aquellas mujeres transgénero no inscritas como tales en el Registro Civil.³⁷

37. Todo lo dicho en el texto principal lo es al margen de lo dispuesto en el art. 46 de la Ley 4/2023, referido al momento en el que surte efectos la mención registral del sexo, que genera nuevos problemas que no procede abordar en este momento.

Conclusiones parecidas extrae el Tribunal Constitucional en la meritada sentencia respecto del establecimiento por parte de la legislación autonómica de lo que debe entenderse por “consentimiento sexual” o “violencia machista”. Dichos conceptos, afirma el Tribunal, no están llamados a ser aplicados por los órganos judiciales penales dado que solo desplegarán efectos en el ámbito autonómico y quedarán acotados a lo dispuesto en la ley impugnada, que únicamente establece una serie de medidas dirigidas a prevenir, sensibilizar y asistir en determinados ámbitos a las mujeres víctimas de violencia de género.

La sentencia cuenta con dos votos particulares formulados por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón —a la que más adelante me referiré— y por el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla.³⁸

3.3. El carácter ambivalente del concepto “políticas de género” como título competencial: los efectos de la STC 44/2024

Las líneas que siguen a continuación tienen por objeto suscitar algunos problemas y, sobre todo, dudas que surgen a partir de este último pronunciamiento del Tribunal referido al título competencial “políticas de género” —y que podría aplicarse y extenderse a otros títulos de similar denominación— que, como ya se ha expuesto, se ha incorporado en algunos estatutos de autonomía

38. El voto particular formulado por el magistrado Arnaldo Alcubilla apunta dos objeciones a la sentencia de la mayoría. En primer lugar, considera que la sentencia no realiza correctamente el encuadre competencial debido a que, aunque el estatuto de autonomía califique a las políticas de género como un título competencial, en realidad no tiene tal carácter. Dichas políticas de género “conforman unas políticas públicas de carácter transversal e intersectorial, que pueden venir amparadas por diversos títulos competenciales, tanto del Estado como de las comunidades autónomas, asumidos en el marco de las materias que relacionan los arts. 148.1 y 149.1 de la Constitución”. Hay que tener en cuenta que esta objeción, aunque se formula a la STC 44/2024, en realidad tiene su origen en la STC 159/2016 en la que, como ya se ha expuesto, se consideró al art. 153 EA Cataluña como un título competencial a la hora de llevar a cabo el encuadramiento competencial.

La segunda objeción que formula el magistrado Arnaldo Alcubilla es que, a pesar de que comparte la interpretación de la mayoría respecto a la declaración de constitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la impugnada —que definen el concepto mujer, el consentimiento sexual y las formas de violencia sexual—, considera que dicha interpretación debió ser llevada al fallo con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica, dando cuenta, así, de que la única interpretación conforme a la Constitución de dichos preceptos es la contenida en la sentencia. Así, las definiciones realizadas en dichos preceptos lo son solo a los efectos de aplicar las medidas de carácter asistencial previstas en la ley autonómica.

y que ha sido definido por el Tribunal Constitucional como tal, esto es, como título competencial, aunque, en mi opinión, con distinto alcance, en las SSTC 159/2016 y 44/2024.

En primer lugar, creo que existen diferencias, por más que se haya aplicado la misma doctrina en ambas, entre las SSTC 159/2016 y 44/2024. En el primer pronunciamiento, el objeto de control lo constituyen normas que tienen por objeto ordenar un sector de la realidad o materia que, además, está prevista en el art. 149.1 CE y, por tanto, reservada al Estado. En la STC 44/2024, algunos de los preceptos cuestionados, por más que su finalidad sea únicamente delimitar el ámbito de aplicación de la ley, no se refieren a materias o sectores concretos respecto de los cuales la comunidad autónoma quiera implantar sus políticas de género, sino que tratan de regular, precisamente, esta última cuestión, esto es, el sentido y el alcance de sus políticas en materia de violencia de género, considerada esta en sentido estricto o específico.

Para realizar un correcto encuadramiento competencial, el Tribunal afirma en la STC 44/2024 que, al estar en juego diversos títulos competenciales, “ha de tomarse en consideración tanto ‘el contenido de los preceptos controvertidos’, como el ‘carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas en conflicto’”, aclarando a renglón seguido que no queda vinculado por los encuadramientos competenciales de las partes.³⁹ Sin embargo, el Tribunal únicamente examina en ese momento el contexto normativo en el que se insertan los preceptos impugnados, pero no el contenido de estos últimos, y concluye que la ley establece medidas generales de prevención, sensibilización y protección frente a la violencia machista, medidas orientadas a la recuperación integral de las víctimas, así como criterios que han de orientar la actuación de la administración catalana, que son ajenas al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. El resultado es que se ha aplicado a las normas impugnadas, definitorias de políticas de género, el mismo encuadramiento competencial que el llevado a cabo en la STC 159/2016 para la declaración de inconstitucionalidad de las normas que regulaban relaciones laborales, esto es, legislación sectorial cuya competencia le corresponde al Estado, a pesar del carácter heterogéneo —al menos desde el punto de vista sectorial— de dichas normas.

39. Como ha apuntado Ibáñez Buil, *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias*, 398 y ss., cuando el Tribunal procede a realizar el encuadramiento competencial ha formulado una serie de reglas genéricas, entre las que se encuentran las expuestas en el texto principal.

En segundo lugar, no creo que pueda discutirse que la STC 44/2024 dota de contenido propio o genuino al título competencial “políticas de género” debido al objeto sobre el que se proyecta el control de constitucionalidad — las definiciones previstas en la Ley impugnada— y al juicio que el Tribunal Constitucional realiza sobre aquel. Aunque en la STC 159/2016 el Tribunal afirmó en varias ocasiones que los títulos competenciales en conflicto eran en aquel supuesto concreto “legislación laboral” y “políticas de género”, se afirmó también con toda rotundidad la transversalidad de la materia políticas de género, que se traduce en la posibilidad de que el legislador impulse determinadas políticas públicas sectoriales con la finalidad de promover la igualdad de hombres y mujeres (FJ 2). Por ello, se afirmó entonces que “el legislador autonómico puede dictar medidas relativas al título competencial de políticas de género en caso de que *afecten* a sectores sobre los que la comunidad autónoma tenga competencia”.⁴⁰ No parece que haya dudas acerca de que esto es lo que ha hecho el legislador catalán cuando ha definido en la Ley 17/2020 los conceptos de “mujer”, “violencia machista” y “violencia sexual”: ha dado un contenido a dichos conceptos a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de medidas concretas acordadas en sectores en los que la comunidad autónoma tiene competencia.⁴¹

Ahora bien, dicha legislación, a mi modo de ver, no tiene por objeto regular las competencias sectoriales de la comunidad autónoma (asistencia social, educación, vivienda, etc.), sino más bien implementar una determinada política de género en su territorio. Así, la regulación de los sujetos que pueden ser objeto de violencia machista, definiendo a esos efectos lo que debe entenderse por mujer —que es lo que en puridad regula uno de los preceptos cuestionados de la ley impugnada— no es, precisamente, desarrollar las competencias que tiene la comunidad autónoma en los sectores específicos en los que incide también la ley. Esto es, definir el concepto de “mujer” no es regular una competencia sectorial como vivienda, asuntos sociales, universidades, etc. En mi opinión, lo que tiene

40. Se añade el énfasis.

41. Quizá el caso resuelto por la STC 44/2024 habría sido la ocasión para matizar la doctrina sentada en la STC 159/2016 con el fin de establecer algún matiz —o límite— a lo transcrito en el texto principal: en mi opinión, no cualquier cuestión que afecte a sectores sobre los que la comunidad tenga competencia puede permitir a la comunidad autónoma dictar medidas referidas a políticas de género. Como se verá más adelante, es posible que el Estado, con base en el art. 149.1.1 CE, establezca las condiciones básicas que garanticen la igualdad en lo que debe entenderse por violencia machista o de género.

por objeto dicha regulación es implementar una determinada y genuina política de género en el ámbito de la comunidad autónoma, pasando a un segundo plano la regulación de los sectores específicos (vivienda, educación y sanidad, entre otras). Dicha política se diferencia en aspectos sustanciales de la adoptada en otras comunidades autónomas, pudiendo ser incluso contradictoria con la que en cada momento adopte el Estado en el ámbito de sus competencias.⁴²

Por ello, quizás se pueda afirmar que las “políticas de género”, tras lo dispuesto en la STC 44/2024, sí han pasado a ser consideradas verdaderos títulos competenciales en el sentido estricto del término —esto es, materia más función—. Por lo que se refiere a lo primero —materia—, creo que no puede negarse que existen más sectores de la realidad que los referidos en los arts. 148.1 y 149.1 CE. Así lo ha entendido también el Tribunal, entre otras, en la STC 81/2020, de 15 de julio, en la que afirma que la protección animal es “una materia relativamente novedosa en la que pueden concurrir diversos títulos competenciales” (FJ 3).⁴³ Aun siendo cierto el carácter transversal e intersectorial de las políticas de género —o de la materia política de género—, la STC 44/2024 pone de relieve que dicho sector de la realidad tiene cierto carácter propio o genuino, esto es, no relacionado siempre con las materias previstas en los arts. 148.1 y 149.1 CE.

Por lo que se refiere a lo segundo, esto es, a que se ha dotado de competencia a la comunidad autónoma para implementar una genuina política de género —vuelvo a insistir en que no genera ninguna duda que así es tras la STC

42. Un examen de las leyes autonómicas pone de relieve la gran disparidad que existe entre ellas en cuanto a las personas que pueden ser víctimas de tal violencia y a los supuestos que constituyen violencia de género, entre otras. Por lo que se refiere a la primera cuestión, como se ha visto y únicamente a modo de ejemplo, se puede constatar que en alguna comunidad autónoma sí pueden ser víctimas de violencia las personas transgénero no inscritas como mujeres en el Registro Civil, ¿y por qué no las mujeres transexuales que no han realizado la inscripción registral? Por lo que se refiere a lo segundo, solo en algunas comunidades autónomas la violencia vicaria es considerada un supuesto de violencia de género que da lugar a las prestaciones recogidas en la ley autonómica.

43. En ese caso, el Tribunal negó que existiera un título competencial, ya fuera a favor del Estado o de las comunidades autónomas, en relación con el derecho al bienestar de los animales. El TC calificó al bienestar animal como materia que se caracteriza por el entrecruzamiento o concurrencia competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. La diferencia fundamental entre el resuelto en la STC 81/2020 y la STC 44/2024 es que en el primero los derechos de los animales no se incluyen en el estatuto de Autonomía de La Rioja como una competencia de dicha comunidad autónoma.

44/2024—, el Tribunal ha reconocido al legislador autonómico libertad para decidir en el ámbito de su territorio unas políticas referidas a la violencia machista —no relacionadas con otros sectores— que se diferencian de lo que por tal concepto entiende el Estado en el ámbito de sus competencias, así como otras comunidades autónomas. Así lo expresa con toda claridad el Tribunal en el FJ 3 C) cuando afirma que la definición del término “consentimiento sexual” “se limita a introducir una previsión en ejercicio de sus competencias en materia de políticas de género *ex art. 153 EAC*”.

A la vista de lo expuesto no parece que quepa duda alguna acerca de lo que innova la STC 44/2024 que, en esencia, consiste en dotar de un contenido específico al título competencial “políticas de género”, distinto al reconocido inicialmente en la STC 159/2016, creando, así, un concepto camaleónico o ambivalente que sería necesario precisar en cada caso, ya que: i) en la STC 159/2016 dicho título competencial se vacía (casi) de contenido,⁴⁴ pero ii) en la STC 44/2024 se dota a dicho título competencial de un alcance mucho mayor, confiando a las comunidades autónomas una amplísima libertad a la hora de implementar sus políticas públicas en esta materia, desligándola del resto de las competencias sectoriales.

Procede analizar cómo opera el título competencial “políticas de género” —no vinculado a otros sectores o materias, sino genuino y autónomo— ya que, en mi opinión, existen dudas al respecto: ¿incide sobre una materia de carácter transversal como se ha apuntado en la STC 159/2016 que queda desplazada por la competencia sectorial específica, ya sea esta estatal o autonómica? ¿O se trata de un título competencial específico respecto de otro más general?

La respuesta que demos a estas preguntas depende del objeto al que se refiera la norma. Si estamos ante una regulación sectorial, como ocurría en la STC 159/2016, se podría afirmar que el título competencial “políticas de género” previsto en los estatutos de autonomía queda prácticamente vacío de contenido, pues no puede desplazar las competencias sectoriales del Estado enumeradas en el art. 149.1 CE. Ahora bien, cuando dicho título se invoca para establecer definiciones del tipo de las que se contienen en el art. 1 de la Ley

44. Téngase en cuenta que en la STC 159/2016 no se consideraron contrarios al art. 149.1.7.^a los preceptos impugnados que definían el régimen sancionador aplicable ya que este no se circunscribía a la regulación de la materia laboral, sino a todas las disposiciones incluidas en la Ley para asegurar la igualdad de mujeres y hombres.

impugnada, cuyo tenor establece que “[l]as referencias a las mujeres incluidas en la presente Ley se entiende que incluyen a las niñas y las adolescentes, y, por lo tanto, también a las mujeres, niñas y adolescentes transgénero”, o definir lo que se entiende por consentimiento sexual, no parece, a la vista de lo resuelto en la STC 44/2024, que dicho título quede vacío de contenido, sino que permite establecer genuinas políticas de género siempre y cuando se proyecten y surtan efectos en relación con las materias sectoriales sobre las que la comunidad autónoma ostenta competencias. Precisamente, lo que pretende la Ley es fijar una determinada política de género con independencia del carácter transversal de la materia, esto es, de lo sectorial, de tal suerte que actuaría más como una competencia específica dentro de la general.⁴⁵ Así, y por seguir con el precepto antes transcrito —referido a la definición de lo que se entiende por mujer— resulta patente que dicha previsión normativa tiene vocación de aplicarse única y exclusivamente a los efectos de lo previsto en la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, pero no con carácter general a todas aquellas materias o sectores de la realidad sobre los que la comunidad autónoma tenga un título competencial. La especificidad es lo que parece que rige entonces respecto de la materia o el sector de la realidad sobre los que la comunidad autónoma tenga competencia.

3.4. Las consecuencias que acarrea la doctrina sentada en la STC 44/2024

Como ya se ha expuesto, la STC 44/2024 ha considerado que las comunidades autónomas, en virtud del título competencial “políticas de género” contenido en sus estatutos de autonomía, pueden definir conceptos que, siendo totalmente ajenos desde la perspectiva material a los sectores de la realidad en relación con los que tienen otros títulos competenciales, delimitan el ámbito de aplicación de estos. En el caso de la STC 44/2024 se ha declarado que la comunidad autónoma tiene competencia para definir lo que, a los efectos de lo dispuesto en dicha Ley, se considera mujer, consentimiento sexual y violencia sexista. Dejando ahora a un lado estos dos últimos conceptos, me

45. Por lo que se refiere a la definición de lo que debe entenderse por principio de especificidad, me remito al trabajo de Viver Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, 180 y ss.

parece que genera serios problemas el hecho de que, dentro de la misma comunidad autónoma, se considere a algunas personas como mujeres a algunos efectos (en concreto, en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista), pero hombre a otros. Más allá de los problemas competenciales que surjan con otros entes territoriales, el concepto de identidad personal,⁴⁶ sin duda ligado a la afirmación de la dignidad humana y a los derechos de la personalidad, puede resentirse cuando el mismo legislador —en este caso, el autonómico— considera a una misma persona hombre en unos casos y mujer en otros a la hora de determinar si tiene derecho a acceder a determinados servicios o prestaciones públicas.⁴⁷

Desde un punto de vista estrictamente competencial, la magistrada Balaguer Callejón ha afirmado en su voto particular que la determinación del ámbito subjetivo de las violencias machistas, dada su centralidad, debería estar definido en una ley estatal para evitar la desigualdad entre las distintas comunidades autónomas. Subraya la magistrada Balaguer que la sentencia de la mayoría guarda silencio sobre el hecho de que la ley autonómica impugnada “redefine el sujeto al que van dirigidas las políticas de prevención de la violencia machista y de la protección y tutela frente a la misma”, lo que supone alterar “el concepto mismo de mujer como sujeto político”.

Además de las razones expuestas por la magistrada Balaguer Callejón, el reconocimiento de un título que permita a las comunidades autónomas establecer sin límite alguno —salvo el que incidan en otras materias o sectores de la realidad respecto de los que sí tienen competencia— sus propias políticas de género mediante la definición de lo que deba entenderse por violencia de género, por mujer o por otros conceptos estrechamente ligados, podría acabar distorsionando incluso la esencia de lo que se entienda por ello. De este modo, al margen ahora de que pueda considerarse que tales regulaciones podrían,

46. Según la RAE identidad es, en su segunda acepción, el “Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”, y, en su tercera acepción “Conciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás”.

47. En mi opinión, y con carácter general, una cosa es que una determinada prestación que la ley reconoce a las mujeres pueda extenderse a quienes se sienten de otro género en determinados casos y bajo ciertas circunstancias y otra muy distinta que la ley establezca una definición del concepto de mujer que incluya a personas que no constan como tal en el Registro Civil.

en hipótesis, invadir competencias estatales, no es descartable que, en el futuro, el Estado deba activar el art. 149.1.1 CE para asegurar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en esta materia. En otro caso, podríamos estar incluso ante un título competencial que tendría tantos significados y connotaciones como comunidades autónomas. La diversidad y la autonomía se ejerce respecto de las materias o sectores del ordenamiento jurídico, pero no mediante la mutación del significado de estos. Esa posibilidad de que el Estado active el art. 149.1 CE se establece, por lo demás, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, concretamente en su art. 153, cuando afirma que corresponde a la Generalitat:

la competencia exclusiva en materia de políticas de género, que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, incluye en todo caso: [...]

c) La regulación de las medidas y los instrumentos para la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección y prevención, así como la regulación de servicios y recursos propios destinados a conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia.⁴⁸

Con independencia de lo anterior, quizás también podría considerarse cómo debe realizar el Tribunal Constitucional el encuadramiento competencial respecto de normas definitorias que, siendo ajenas a las competencias sectoriales de las comunidades autónomas, determinan su ámbito de aplicación. La razón de que tras la STC 44/2024 el título competencial “políticas de género” encierre dos significados distintos se debe a que se ha aplicado la misma razón de decidir para enjuiciar enunciados legales completamente heterogéneos desde la perspectiva de las materias o sectores de la realidad objeto de regulación. Como ya se ha expuesto antes, es claro que cuando la ley catalana impugnada define lo que debe entenderse por mujer no está regulando las competencias sectoriales de la comunidad autónoma —salud, educación, universidades, etc.— por más que la ley impugnada se refiera a estas cuestiones y dicha definición tenga por objeto únicamente acotar su ámbito de aplicación. No obstante, el Tribunal Constitucional ha aplicado a ambos la misma razón de decidir. Quizás esta es una cuestión que también merecería alguna reflexión.

48. Se añade la cursiva.

Bibliografía

- Alonso Álvarez, A. “Las políticas de igualdad en España: construyendo el liderazgo del nivel subnacional”. *Administración & Desarrollo* 38 (enero/diciembre 2010): 57-69.
- Arroyo Gil, A. *Distribución y delimitación de competencias*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Cabrera Mervado, R., y M. J. Carazo Liébana. *Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género*. Madrid: Ministerio de Igualdad. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/libro5_analisislegislacion.pdf.
- Fossas Espadaler, E. “Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas: criterios constitucionales y evolución jurisprudencial”. En B. Pendás, dir., E. González, y R. Rubio, coords., *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* V, 4303-4314. Madrid: CEPC, 2018.
- Ibáñez Buil, P. *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias. Un estudio de la doctrina constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023.
- León Alonso, M. F. “El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las Comunidades Autónomas”. En A. Ventura Franch y S. García Campá, dirs., *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: Una evaluación del primer decenio de la Ley orgánica 3/2007*, 969-997. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- López Benítez, M. “Una aproximación a la normativa sobre violencia de género desde el Derecho administrativo”. *Revista General de Derecho Constitucional* 50 (enero 2019).
- Martínez Sempere, E. “Artículo 16”. En P. Cruz Villalón, M. Medina Guerrero, dirs., y J. Pardo Falcón, coord., *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, tomo I, 306-316. Sevilla: Parlamento de Andalucía, 2012.
- Oubiña Barbolla, S., y A. Rey Morena. “Algunas reflexiones sobre el futuro de la Acción Popular: el ámbito subjetivo”. *Diario La Ley*, n.º 9670, 9 de julio de 2020. Wolters Kluwer.
- Román Martín, L. “La Llei 5/2008, del dret de les dones a erradicar la violència masclista: reflexions a propòsit de la seva reforma per la Llei 17/2020”. *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals* 36 (2022): 65-104.
- Viver Pi-Sunyer, C. *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1989.

SECCIÓ GENERAL

Cambios en la sociedad de Irlanda del Norte y factores a favor de la reunificación de la isla: ¿más allá de la identidad y la religión?

Galder Sierra

Profesor de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad del País Vasco (España)

Changes in Northern Ireland Society and Factors in Favour of Reunification: Beyond Identity and Religion?

ABSTRACT This paper summarises some of the main changes in Northern Irish society since the signing of the Good Friday Agreement in 1998, both at the electoral level and in religious and national identities, as well as in preferences over constitutional future. The data show an increase in Catholic and more pro-Irish identities but also the rise of a social sector that is not aligned with the two main historical blocs. The literature has linked Irish identity and the Catholic religion to the cause of Irish reunification, so this may have been reflected in an increase in support for it. However, following trends in the analysis of independence in other territories, this article aims to analyse whether socio-economic or public policy-related factors also play a role today. To corroborate this hypothesis, logistic regression models are used to show the main explanatory variables in favour of this territorial option. The results show the pre-eminence of national and political identities, but instrumental factors also appear, such as the position on the Northern Ireland Protocol, especially in the case of the “non-aligned” sectors.

KEYWORDS Northern Ireland; reunification; Irish nationalism; unionism; Brexit; Northern Ireland Protocol.

RESUMEN En este trabajo se resumen algunos de los principales cambios acaecidos en la sociedad norirlandesa desde la firma de los Acuerdos de Viernes Santo en 1998, tanto en el ámbito electoral como en las identificaciones religiosas y nacionales, así como en las preferencias sobre la organización territorial. Los datos muestran un incremento de la identidad católica y de las más proirlandesas, pero también el aumento de un sector social no alineado con los dos grandes bloques históricos. La literatura ha relacionado identidad irlandesa y religión católica con la causa por la reunificación de Irlanda, por lo que esto habría podido tener su reflejo en un aumento a su apoyo. Sin embargo, siguiendo las tendencias en el análisis del independentismo en otros territorios, este artículo pretende analizar si actualmente

Artículo recibido el 23/7/2023; aceptado el 14/2/2024.

factores de carácter socioeconómico o relacionados con las políticas públicas también tienen importancia. Para corroborar esta hipótesis, se muestran a través de modelos de regresión logística las principales variables explicativas a favor de esta opción territorial. Los resultados muestran la preeminencia de la identificaciones nacionales y políticas, pero también aparecen factores de tipo instrumental, como la posición sobre el Protocolo de Irlanda del Norte; estos últimos especialmente en caso de los sectores “no alineados”.

PALABRAS CLAVE Irlanda del Norte; reunificación; nacionalismo irlandés; unionismo; Brexit; Protocolo de Irlanda del Norte.

1. Introducción

El 22 de mayo de 1998 tuvo lugar el referéndum sobre el llamado Acuerdo de Viernes Santo (AVS) en Irlanda del Norte. Esta consulta tuvo como base el acuerdo firmado entre los primeros ministros del Reino Unido y de la República de Irlanda, Tony Blair y Bertie Ahern, el 10 de abril de ese mismo año, fruto de las negociaciones multipartidistas desarrolladas previamente. En el mismo se reconocía “la legitimidad de cualquier opción libremente ejercida por una mayoría del pueblo de Irlanda del Norte [...], tanto si prefiere seguir apoyando la Unión con Gran Bretaña como una Irlanda unida soberana” (punto 1.i). Para ello, se reconocía la potestad del secretario de Estado para Irlanda del Norte de llamar una consulta sobre este tema, “si en algún momento le parece probable que una mayoría de los votantes exprese el deseo de que Irlanda del Norte deje de formar parte del Reino Unido y forme parte de Irlanda” (Anexo 1; punto 2). El Partido Unionista del Úlster (UUP), el Partido Unionista Progresista (PUP), el Partido Democrático del Úlster (UDP), el Partido Socialdemócrata Laborista (SDLP), el Sinn Fein (SF), el Partido de la Alianza (Alliance), así como la Coalición de Mujeres (NIWC), hicieron campaña a favor del “sí”; el Partido Unionista Democrático (DUP) y el Partido Unionista del Reino Unido (UKUP) abanderaron el “no”.¹ Con una participación del 81,1 %, un 71,1 % de los votantes apoyó el acuerdo, frente a un 28,9 % que se opuso. De manera simultánea, en la República de Irlanda, se celebraba otro referéndum para dar cabida en su constitución a lo acordado el 10 de abril entre ambos gobiernos. El apoyo fue mayoritario (95 %), si bien,

1. Esta aparente homogeneidad dentro de los partidos no fue tal, principalmente en el caso del unionista UUP. Si bien su ejecutivo acabó apoyando el acuerdo, un tercio del mismo, así como importantes dirigentes suyos, entre los que se encontraba su antiguo presidente, James Molyneaux, se opusieron al mismo.

en este caso la participación rondó el 56 %. Este apoyo tomó forma en una reforma constitucional por la que se abría la puerta a la reunificación de la isla, manifestando que “es la firme voluntad de la nación irlandesa, [...] unir a todas las personas que comparten el territorio de la isla de Irlanda, [...], reconociendo que se traerá una Irlanda unida, solo por medios pacíficos con el consentimiento de la mayoría del pueblo, democráticamente expresado, en ambas jurisdicciones de la isla” (art. 3.1).

Desde entonces múltiples cambios han operado dentro de la sociedad norirlandesa. Algunos de carácter endógeno, como sus transformaciones sociodemográficas, la variación electoral de cada partido, o el desarrollo institucional de los diferentes entes puestos en marcha desde entonces; otros de tipo exógeno, como la retirada del Reino Unido de la Unión Europea (UE) a raíz del referéndum de 2016. Desde el punto de vista de la organización territorial, el debate sobre el futuro del norte de Irlanda y la posibilidad de la reunificación de la isla han tomado especial relevancia durante los últimos tiempos.² Además, el que los ciudadanos y las ciudadanas norirlandesas optaran con un 55,8 % de los votos por mantenerse dentro de la UE, en contra de la posición mayoritaria en el conjunto del Reino Unido, ha supuesto un revulsivo a este debate. Todo esto unido a la controversia sobre el Protocolo sobre Irlanda del Norte, que debía establecer las condiciones sobre las fronteras entre el territorio norirlandés, el resto de la isla y el resto del Reino Unido. Pero, tal y como establecen los AVS, ¿estas transformaciones han sido de tal envergadura para hacer parecer “probable que una mayoría de los votantes” desee dejar de formar parte del Reino Unido? Aunque a día de hoy se vislumbra como una opción minoritaria entre los habitantes de Irlanda del Norte,³ algunos sondeos la sitúan como una de las opciones preferidas a largo plazo.⁴

En ese sentido, el presente artículo tiene dos objetivos principales. Por un lado, se describirán algunos de esos cambios acaecidos dentro de la sociedad norirlandesa a lo largo de los últimos veinticinco años. En concreto, a) la

2. Pozo, “Las repercusiones del Brexit sobre el proceso de paz de Irlanda del Norte”; Murua, “As British as Finchley?”.

3. Garry et al., “The future of Northern Ireland”; Daniels y Kuo, “Brexit and Territorial Preferences”.

4. En este sentido, destaca el estudio realizado en 2021 por las universidades Queen’s University Belfast y Ulster University que la sitúan como la segunda opción preferida, a continuación de “mantenerse dentro del Reino Unido con poderes descentralizados”.

evolución electoral en las sucesivas convocatorias a la Asamblea de Irlanda del Norte, así como su contexto general, b) el desarrollo de las identidades religiosas dentro de su población, c) la variación de las identificaciones nacionales, y d) la transformación en las preferencias sobre la organización territorial. Por otro lado, se analizarán cuáles son las principales motivaciones existentes a día de hoy entre los sectores favorables a la reunificación de la isla. Adicionalmente, tal y como se verá en el primer apartado objeto de estudio, vista la importancia que han ido tomando los sectores “no alineados” con los bloques tradicionales, se hará un análisis de este segmento específico en lo relativo a su posición sobre la reunificación de la isla.

El artículo se estructurará de la siguiente manera: tras un repaso general a la literatura sobre los principales factores explicativos de los procesos secesionistas, se analizará el estado de la cuestión en relación con el caso norirlandés. A continuación, se describirán las principales hipótesis y se justificará la metodología utilizada. En lo que respecta al análisis de los resultados, este trabajo se estructura en dos bloques principales, en función de los objetivos recién citados. En primer lugar, un apartado descriptivo, en el que, realizando varios estudios longitudinales, se enumeran los principales cambios acaecidos en los ámbitos descritos en el párrafo anterior. Se utilizan los datos provenientes del censo realizado por la Agencia de Estadística e Investigación de Irlanda del Norte (*Northern Ireland Statistics and Research Agency*) y las encuestas *The Northern Ireland Life and Times* (NILT) guiadas por las universidades Queen’s University Belfast y Ulster University en el periodo 1998-2021. En segundo lugar, se configuran una serie de modelos estadísticos para determinar cuáles son las variables condicionantes del apoyo a la reunificación de la isla por parte de la población norirlandesa actualmente, utilizando, para ello, la última encuesta NILT disponible (2021) en el momento de redacción de este trabajo.

2. Factores explicativos a favor de la independencia: más allá de la identificación nacional

El estudio sobre los procesos independentistas ha estado estrechamente relacionado con el análisis de las identidades nacionales subjetivas de sus habitantes. Según este enfoque, el sentimiento nacional de la ciudadanía del territorio sin estado sería el factor determinante a la hora de decantar las opciones a favor de su independencia. Esta ha sido una de las visiones principales en este ámbito

de estudio. Así lo explica, entre otros, Howe⁵ en relación con el caso de Quebec, concluyendo que la evaluación racional de las consideraciones económicas y lingüísticas probablemente tiene menos influencia sobre el apoyo a la soberanía de lo que generalmente se supone, y que estas son más bien racionalizaciones de los sentimientos nacionales, más profundamente arraigados. Esta misma estela seguirán Costa-Font y Tremosa,⁶ pero subrayando la importancia de las preferencias individuales en la configuración de la identidad nacional y de las preferencias territoriales a favor de la independencia en el caso vasco.

A este nexo entre identidad nacional y decantación independentista se le ha solidado sumar un tercer elemento: el voto a partidos nacionalistas. La identificación nacional con el territorio sin estado reforzaría el voto a los partidos con aspiraciones soberanistas,⁷ siendo las concepciones de la identidad nacional las que determinen las creencias políticas, y no al revés.⁸ Estudios sobre territorios en los que la demanda soberanista es importante subrayan la prioridad de la dimensión nacional sobre la social a la hora de decantar las preferencias electorales.⁹ Sin embargo, la realidad se ha mostrado más compleja cuando hay que establecer los motivos para decantar el voto.¹⁰ La existencia de un voto dual en determinados territorios en función del tipo de elecciones, como sucedió en las décadas de los 80 y 90 en Cataluña,¹¹ ponen en cuestión la preeminencia de la identidad nacional; por lo menos, entendida en términos exclusivos. Este debate habría que circunscribirlo en el marco general establecido por Linz¹² sobre las identidades nacionales compartidas. En contra de lo planteado por gran parte de la literatura sobre nacionalismo hasta ese momento, la identidad nacional de la ciudadanía de un determinado territorio no estaría irremediamente condicionada por las llamadas características

5. Howe, "Rationality and Sovereignty Support in Quebec", 32.

6. Costa-Font y Tremosa, "National Identity and the Preference for State Opting-Out in the Basque Country", 2475.

7. Alkorta y Leonisio, "No solo identidad", 31.

8. Bond, "Squaring the Circles", 15.

9. Leonisio y Strijbis, "Izquierda-derecha vs. centro-periferia"; íd., "Más allá de la autoubicación"; íd., "La polarización bidimensional".

10. Fernández-Albertos, "Votar en dos dimensiones"; Balcells, "¿Es el voto nacionalista un voto de proximidad o un voto de compensación?".

11. Colomé, "Consecuencias políticas del voto dual negativo en Cataluña"; Riba, "Voto dual y abstención diferencial".

12. Linz, Conflicto en Euskadi.

primordiales o sociodemográficas (lugar de nacimiento, lengua, religión o cultura), sino que se podrían tener identidades compartidas o duales en el caso de sociedades multinacionales. Siguiendo este razonamiento, las aspiraciones independentistas aflorarían si una mayoría de la ciudadanía asume la identidad nacional del territorio sin estado de manera exclusiva, mientras que serían limitadas si la mayor parte de la ciudadanía tuviese sentimientos que combinaran las diferentes identidades nacionales existentes en ese mismo ámbito.¹³

Sin embargo, según algunos autores,¹⁴ esta preeminencia de la identificación nacional solo podría explicar los patrones estables de apoyo a la independencia, pero no el cambio de preferencias. Esto sería así siempre y cuando el cambio en las identidades nacionales no sea tan importante como para transformar la correlación de fuerzas entre los principales sentimientos nacionales, como podría ser el caso norirlandés. Sin embargo, la existencia de muchos ciudadanos con el sentimiento nacional propio de la nación sin estado no implica necesariamente la correlativa apuesta por la independencia, ya que esta identificación puede tomar forma en un reclamo de mayor autonomía u otra opción territorial.¹⁵

El debate sobre la preeminencia de la identificación nacional ha abierto las puertas al estudio de otro tipo de factores de corte más instrumental a lo largo de los últimos años, como puede ser la economía o el bienestar asociado a la creación de un nuevo estado —o a la falta del mismo como consecuencia de la imposibilidad de independizarse del estado de referencia—. Partiendo de tesis clásicas como las de Nagel y Olzak,¹⁶ una serie de precondiciones económicas y sociales favorecerán la movilización nacionalista, siendo más proclive en territorios industrializados y urbanizados. No solo eso, la relación entre bienestar y nacionalismo estaría en la base de los Estados nación modernos a través de políticas de bienestar de construcción nacional.¹⁷ En este sentido, las condiciones socioeconómicas se muestran como factores explicativos del posible cambio de posición con respecto a la creación de un nuevo estado, si mejorase, por ejemplo, la situación económica o

13. Moreno, “Local and Global”, 100.

14. Muñoz y Tormos, “El apoyo a la independencia en Cataluña”, 3-4.

15. Hale, *The Foundations of Ethnic Politics*.

16. Nagel y Olzak, “Ethnic Mobilization in New and Old States”.

17. Rokkan en Serrano, “Just a Matter of Identity?”, 15.

el nivel de vida, o que hubiese mejores políticas sociales.¹⁸ Alkorta y Leonisio,¹⁹ en el estudio del caso vasco, destacarán que la valoración de la economía se mostrará como una variable determinante de los deseos de independencia, siendo los que hacen una buena valoración de la economía vasca los más propensos; por su parte, Muñoz y Tormos²⁰ subrayarán que opinar que el nivel de vida de Cataluña mejoraría con la independencia aumenta las probabilidades de apoyarla, con respecto a opinar que no cambiaría.

La importancia dada a estas variables de tipo económico o instrumental está estrechamente relacionada con un tercer grupo de factores de carácter institucional, como puede ser el nivel de descentralización. Según esta lógica, cuantos más recursos disponibles en manos de los territorios demandantes de soberanía, más servicios se podrían dispensar y de una manera más eficiente, dada la proximidad de estos con la ciudadanía.²¹ Sin embargo, las implicaciones de los procesos de descentralización son objeto de un extenso debate.²² Tal y como apuntan Erk y Anderson,²³ las posiciones varían entre los que mantienen que la desconcentración política es un argumento válido de cara a aplacar las demandas independentistas,²⁴ mientras otras posiciones plantean que, o bien no las atenúan o, incluso, pueden suponer un revulsivo.²⁵

En cualquier caso, las visiones restrictivas que ponen el foco en un solo tipo de factores han sido superadas en los estudios más recientes sobre el análisis de las preferencias territoriales. A menudo, estas variables se muestran estrechamente interrelacionadas, complementándose y refor-

18. Fullaondo y Zabalo, "In favour of a Basque State", 937.

19. Alkorta y Leonisio, "No solo identidad", 40-41.

20. Muñoz y Tormos, "El apoyo a la independencia en Cataluña", 9.

21. Muñoz y Tormos, "El apoyo a la independencia en Cataluña"; Alesina y Spolaore, *The Size of Nations*.

22. Sorens, "The Partisan Logic of Decentralization in Europe"; Cameron, "The Paradox of Federalism".

23. Erk y Anderson, "The Paradox of Federalism".

24. Vandenberghe, "Power-Sharing and the Paradox of Federalism"; Bermeo, "A New Look of Federalism"; Gurr, *Peoples versus States*.

25. Snyder, *From Voting to Violence*; Cornell, "Autonomy as a Source of Conflict"; Sorens, "The Cross-sectional Determinants of Secessionism in Advanced Democracies".

zándose entre ellas.²⁶ La tendencia dominante ha sido ir conformando modelos de análisis que ofrezcan una panorámica más amplia de las causas que subyacen a favor de determinadas opciones territoriales, más allá de visiones que destaquen la importancia exclusiva de algún grupo concreto de variables.

3. Factores a favor de la reunificación en Irlanda del Norte

Esta interrelación bien podría ser ilustrada en el caso norirlandés, en el que la literatura tradicional sobre las preferencias territoriales y la reunificación irlandesa se ha centrado en dos *cleavages* clásicos, como son la religión y la identidad nacional, así como en la relación entre ambas.²⁷ Las posiciones de los autores han variado entre diferentes puntos de vista. Por un lado, quienes han destacado la importancia de una de las dos variables sobre la otra. Por ejemplo, las que destacan la importancia de la religión, entendiendo la lucha entre comunidades como un conflicto religioso, en tanto que “la gente ha sido asesinada en nombre de la religión y esos asesinados eran identificados por sus asesinos como miembros de la religión ‘rival’”, si bien no escapa a nadie que el conflicto no ha sido “exclusivamente religioso”.²⁸ Por otro lado, existen lecturas que han dado al elemento religioso un cariz más instrumental. Destacan las interpretaciones que resaltan la función de la religión en la conformación de las identidades enfrentadas. Dingley,²⁹ por ejemplo, subrayará que la articulación de la identidad nacional está estrechamente relacionada con la religión, convirtiéndose en un importante agente socializador y eje de la conformación de las diferentes comunidades nacionales. Mitchell,³⁰ por su parte, hablará de la “ideología religiosa”, definida como un “sistema de conceptos sobre uno mismo y los demás, informado por la doctrina religiosa”, con una poderosa capacidad para construir identidades individuales y colectivas,

26. Serrano, “Just a Matter of Identity?”, 534; Sorens, “The Cross-sectional Determinants of Secessionism in Advanced Democracies”, 319-320.

27. Mitchell, “Non-Nationalist Politics in a Bi-National Consociation”; Dingley, “Religion, truth, national identity and social meaning”; Barnes, “Was the Northern Ireland Conflict Religious?”; O’Malley y Walsh, “Religion and democratization in Northern Ireland”.

28. Barnes, “Was the Northern Ireland Conflict Religious?”, 66-67.

29. Dingley, “Religion, truth, national identity and social meaning”, 367.

30. Mitchell, “Non-Nationalist Politics in a Bi-National Consociation”.

aunque en última instancia “despreocupada por responder preguntas espirituales”.³¹ En este proceso de atenuación de la espiritualidad e intensificación de la instrumentalidad de la religión, O’Malley y Walsh³² plantearán que las diferencias religiosas, aunque a menudo simbólicamente importantes, rara vez han surgido como puntos de “conflicto real” en la política de Irlanda del Norte, cumpliendo fundamentalmente una función de refuerzo en las diferencias etnonacionales.

En relación con las identidades nacionales, la literatura especializada,³³ así como los propios datos que se mostrarán en el siguiente apartado, dejan en evidencia la importancia histórica de las identidades exclusivas, tanto británica como irlandesa. Sin embargo, cabe resaltar algunas observaciones en relación con la configuración de un tercer espacio entre las divisorias clásicas. Estos cambios estarían principalmente relacionados con factores tanto exógenos como endógenos; el aumento de la inmigración y el cambio en los valores internos de cada comunidad de referencia estarían en la base de la emergencia de un espacio no alineado con las comunidades tradicionales.³⁴ Especialmente visible sería en el caso de la identidad norirlandesa. Dada su ambigüedad terminológica, su significado ha sido susceptible de diferentes interpretaciones.³⁵ Por un lado, ha sido considerada la más inclusiva³⁶ y estaría asociada a actitudes más tolerantes con otras religiones.³⁷ En este sentido, se ha caracterizado como una identidad integradora, tanto para protestantes como para católicos, considerándose a menudo compatible con la británica y la irlandesa.³⁸ Por otro lado, más que una síntesis de las mismas, también ha sido considerada como un rechazo de ellas.³⁹ Es por esto que requiere de una atención especial, en un caso en el que las identidades nacionales han estado tan incrustadas en la población.

31. Mitchell, “Non-Nationalist Politics in a Bi-National Consociation”, 91.

32. O’Malley y Walsh, “Religion and democratization in Northern Ireland”, 939.

33. Dingley, “Religion, truth, national identity and social meaning”; Barnes, “Was the Northern Ireland Conflict Religious?”.

34. Coakley, “Is a middle force emerging in Northern Ireland?”, 47.

35. Garry y McNicholl, “Understanding the “Northern Irish” Identity”, 2.

36. Moxon-Browne, “National Identity in Northern Ireland”.

37. Lowe y Muldoon, “Shared national identification in Northern Ireland”, 565.

38. Garry y McNicholl, “Understanding the “Northern Irish” Identity”, 5.

39. McNicholl, “The Northern Irish identity”, 25.

Con todo, la inclusión de variables de corte más instrumental, como puede ser el Brexit y las consecuencias materiales asociadas al mismo, se han ido abriendo paso en sucesivos estudios. Cabe destacar varios trabajos realizados desde un punto de vista cuantitativo sobre el impacto del Brexit en las preferencias territoriales de la ciudadanía de Irlanda del Norte. Por ejemplo, Lesley-Ann Daniels y Alexander Kuo,⁴⁰ completando el trabajo de campo en septiembre de 2019 —es decir, antes del acuerdo sobre el Protocolo—, plantean dos preguntas principales a sus encuestados en relación con este tema. Por un lado, su posición ante la convocatoria de un referéndum sobre la unificación de la isla y su voto en el mismo, con tres escenarios posibles relacionados con el abandono del Reino Unido de la UE: con una reversión para la permanencia, con un acuerdo de retirada entre ambas partes y sin acuerdo. Por otro lado, su posición ante la posibilidad de un referéndum sobre la unificación de la isla si el Reino Unido abandona la UE, con dos situaciones posibles en relación con las fronteras: a) con una “frontera dura” entre Irlanda del Norte y el resto de Irlanda, y b) con “controles fronterizos” entre ambos. Todo ello con una serie de factores sociodemográficos a modo de variables de control. En lo que respecta a los resultados, en primer lugar, destaca que la religión católica y la posición favorable a la permanencia del Reino Unido en la UE se muestran como las variables explicativas del apoyo a la reunificación en ambas preguntas; en el caso de la primera, no condicionando ninguno de los tres escenarios relacionados con el Brexit la posición sobre la reunificación, y, en el caso de la segunda, no condicionando ninguna de las dos posibilidades sobre las fronteras el mismo.

Por su parte, Garry, O’Leary, McNicholl y Pow⁴¹ analizaron la posición del sector teóricamente más proclive a la reunificación de la isla; es decir, la comunidad católica, en función de diferentes situaciones. Se partía de la hipótesis de que existía un sector de católicos “durmientes” a favor de la reunificación de Irlanda, que se podría activar según el tipo de fronteras establecidas. Para ello, formularon un modelo de regresión logística multinominal en el que la variable dependiente sería el “tipo de católico”, diferenciando, entre los convencidos de una Irlanda unificada, los convencidos en mantenerse en el Reino Unido, los que no sabían y los que variaban de opinión en función de las condiciones del Brexit. Concluían que, para este último grupo de católicos

40. Daniels y Kuo, “Brexit and Territorial Preferences”.

41. Garry et al., “The future of Northern Ireland”.

más proclive a verse influido por aspectos instrumentales o materiales en relación con sus prioridades territoriales, los cambios de las fronteras eran totalmente inaceptables, así como que el Brexit y las políticas del DUP estaban desplazando a los católicos de corte liberal con mayor nivel de estudios y cierto nivel socioeconómico hacia el convencimiento de que una Irlanda reunificada reflejaría mejor sus valores e intereses.

Por otra parte, Godefroidt, Dyrstad y Bakke⁴² analizaron el impacto emocional del referéndum y su campaña en las preferencias territoriales de la ciudadanía de Irlanda del Norte. Plantearon que, si bien el referéndum sobre el abandono del Reino Unido de la UE cambió las inclinaciones de la gente sobre su futuro político, estos deseos variaron a lo largo de la campaña y tras el referéndum. Constaron que mientras las preferencias a favor de la reunificación de la isla aumentaban en el periodo de la campaña y disminuían las proclives a permanecer en Reino Unido, estas tendencias se invertían en las semanas posteriores al plebiscito, si bien las posiciones favorables a la reunificación en el último periodo descrito (julio de 2016) seguían siendo superiores a las del comienzo (mayo de ese mismo año). Igualmente, las posiciones favorables a mantenerse en el Reino Unido al final del periodo de estudio se mantendrían notablemente por debajo de las manifestadas al comienzo.

Sin embargo, el estudio más reciente del impulso secesionista norirlandés se ha visto condicionado por una serie de limitaciones. Por un lado, la falta de precisión en lo referente a las consecuencias concretas del Brexit y la posición específica de la ciudadanía en torno a ellas. Como se ha mencionado, es habitual la referencia al establecimiento de un “Brexit duro” o a unos controles fronterizos entre territorios, que no acabarían de detallar sus implicaciones. Este tipo de menciones se convierten a menudo en referencias demasiado genéricas cuando se trata de establecer las implicaciones materiales que tendrían estos cambios en las preferencias sobre la organización territorial. Esto se debe principalmente a las fechas de los trabajos de campo de los estudios mencionados —todos ellos antes de la firma y entrada en vigor del Protocolo de Irlanda del Norte (el 24 de enero de 2020 y el 1 de enero de 2021, respectivamente)—, que debían establecer las condiciones específicas de las relaciones entre estos territorios. Por otro lado, no abundan estudios que estructuren modelos que ponderen el peso de otro tipo de variables (contextuales, ideo-

42. Godefroidt et al., “The past, Brexit, and the future in Northern Ireland”.

lógicas, socioeconómicas, etc.) en la determinación del impulso secesionista del caso norirlandés, más allá de la identidad nacional y la religión, y, más recientemente, el mencionado Brexit. El objetivo de este trabajo es cubrir este vacío, tanto en relación con la valoración de las implicaciones fronterizas concretas tras la puesta en marcha del Protocolo como de cara a plantear un modelo de análisis que incorpore un conjunto de factores explicativos más amplio, al estilo de los trabajos realizados en otros casos similares.

4. Metodología e hipótesis

En lo referente a la metodología y las fuentes utilizadas, para el estudio del ámbito religioso se utilizarán los datos del censo proporcionados por la Agencia de Estadística e Investigación de Irlanda del Norte. Para obtener una descripción de las cuestiones relativas a la identificación nacional, los datos se extraerán de las encuestas NILT en el periodo 1998-2021.⁴³ En estas encuestas se recogerán tres preguntas diferentes en lo referente a la identificación nacional y política: a) “En términos generales, ¿se considera unionista, nacionalista o ninguno de los dos?”; b) “¿Cuál de estos términos describe mejor la forma en que piensa de sí mismo/a? Británico/a, irlandés/a, Úlster, irlandés/a del Norte, otro”, y c) “En Irlanda del Norte, algunas personas se consideran británicas, algunas personas se consideran irlandesas y otras se consideran ambas cosas. ¿Cuál, si alguno, de los siguientes describe mejor cómo se ve a sí mismo/a?” con una serie de respuestas graduadas entre “irlandés/a, no británico/a” y “británico/a, no irlandés/a” (pregunta Linz-Moreno). Las dos últimas harán referencia a la identificación nacional de los encuestados y, la primera, a su identificación política. En este sentido, resulta pertinente la diferenciación entre identificación nacional y nacionalismo.⁴⁴ La primera se podrá vivir de manera natural y ordenada, como algo que no tiene por qué generar ningún conflicto. En cambio, el segundo impulsará a la acción y los nacionalistas vivirán su pertenencia a una determinada comunidad nacional con un nivel determinado de pasión; por ello, *a priori*, no habría porqué establecer una correlación directa entre las mismas. La inclusión de dos preguntas relacionadas

43. En el año 2011 no se completó esta encuesta, por lo que no hay resultados. Los datos recogidos para ese año en los gráficos de este trabajo unen los datos de 2010 y 2012.

44. Ibarra, *Nacionalismo*; Hale, *The Foundations of Ethnic Politics*; Chandra y Wilkinson, “Measuring the Effect of Identity”.

con la identificación nacional —una “excluyente” (elección de una única identidad) y una “gradual” (Linz-Moreno)— responde a la necesidad de analizar si el apoyo a la reunificación se sustenta únicamente en identidades exclusivas o también en identidades duales. Por su parte, la pregunta relacionada con la preferencia sobre la organización territorial a largo plazo (“¿Cree que la política a largo plazo para Irlanda del Norte debería ser...”) también será tomada de la serie NILT (véase el tipo de respuestas en la figura 6). Por último, los resultados electorales se recogen de la web del Centro de Política Social de Irlanda del Norte (ARK) (<https://www.ark.ac.uk/elections/>).

En el apartado relacionado con el análisis de las preferencias territoriales, siguiendo la clasificación de las principales motivaciones a favor de la independencia descritas en el apartado teórico, se establecerán cuatro modelos de regresión logística, con sus respectivas variables, para tratar de desentrañar los motivos a favor de la reunificación de la isla: sociodemográficas, identitarias, socioeconómicas y temáticas, relacionadas, en este último, caso con el Brexit. Se añadirá un quinto modelo, que incluirá todas las anteriores, de cara a ponderar el peso de cada una en la determinación de dicha preferencia territorial. La variable dependiente dicotomizada en todos los casos será la relacionada con la posición de los encuestados ante un hipotético referéndum sobre la reunificación que se celebraría “mañana” (“Supongamos que mañana hay un referéndum sobre el futuro de Irlanda del Norte y se le pide que vote si Irlanda del Norte debe unificarse con la República de Irlanda. ¿Votaría ‘sí’ a la unificación con la República o ‘no’?”). Para clasificar estas variables se utilizan las tipologías habituales utilizadas en los modelos que pretenden analizar los factores a favor de la independencia.⁴⁵ Esta clasificación proporciona un método adecuado para poder ordenar estas variables, si bien es cierto que no existe un modelo único para poder organizarlas. La inclusión de una tipología tan variada de factores explicativos supone una novedad con respecto a estudios precedentes del caso norirlandés. El objetivo es ofrecer un modelo integrado de análisis multicausal sobre las preferencias territoriales.

En un primer grupo se incluirán los factores sociodemográficos tales como la edad, el sexo, el nivel de estudios y la religión. A su vez, estas variables cumplirán la función de variables de control. Por lo mencionado en el apartado sobre

45. Fullaondo y Zabalo, “In Favour of a Basque State”; Alkorta y Leonisio, “No solo identidad”; Serrano, “Just a Matter of Identity?”.

el “estado de la cuestión” del caso norirlandés, se prevé que el peso de la religión resulte determinante en este modelo, quedando por ver la importancia de los efectos del resto de variables sociodemográficas. En un segundo grupo se incorporarán las variables de corte identitario, tales como la identificación nacional *excluyente* —es decir, con la opción de poder elegir exclusivamente una—, la identificación nacional *gradual* —pregunta Linz-Moreno— y la identificación política —unionista o nacionalista—. Cabe esperar que todos los factores de este bloque tengan un fuerte impacto en las posiciones pro reunificación. Sin embargo, la principal incógnita sería si las variables más significativas serán las relacionadas con las identidades nacionales en términos exclusivos, en términos de identidades duales o ambas. En tercer lugar, al estilo de estudios similares en otros territorios, se incluirán una serie de variables relacionadas con cuestiones socioeconómicas y el bienestar de la sociedad.⁴⁶ Se trataría de preguntas relacionadas con la valoración de la progresividad en el pago de impuestos (“¿Cree que las personas con rentas altas deberían pagar más impuestos que las personas con ingresos bajos, la misma parte o una parte menor?”); la responsabilidad del gobierno en reducir las desigualdades (“¿Es responsabilidad del gobierno reducir las diferencias de ingresos entre personas con ingresos altos y personas con ingresos bajos?”); la necesidad de aumentar los poderes descentralizados (en la lógica expuesta en el apartado teórico; es decir, que más poderes descentralizados suponen mejores servicios a la ciudadanía y dispensados de una manera más eficiente, dada su proximidad); o un tema que, según algunos estudios,⁴⁷ se ha situado como el problema que más preocupa en la actualidad a la sociedad norirlandesa, como es el acceso equitativo al sistema de salud (“¿Cree que es justo o injusto que la gente pueda pagar para acceder a la sanidad privada con mayor rapidez que en el Sistema Nacional de Salud (SNS)?”). Por el tipo de preguntas utilizadas, no se podrá valorar de una manera directa la posición de los encuestados con respecto a la reunificación en función de unos hipotéticos cambios en estos ámbitos socioeconómicos, tal y como se ha hecho en algunos estudios de otros territorios. En este caso, el objetivo será analizar si posiciones que pueden considerarse más progresistas, en relación con una redistribución más equitativa y cercana de los recursos destinados a asegurar el bienestar de la ciudadanía, tienen un impacto en las posiciones a favor de la reunificación. Esos

46. En las encuestas de nuestro entorno suele ser habitual la cuestión relacionada con la (auto)ubicación ideológica en el eje izquierda/derecha en una escala que suele ir del 0 al 10. Sin embargo, esta pregunta no suele ser tan frecuente en el modelo anglosajón, por lo que se recurre a las preguntas descritas para analizar el impacto del ámbito socioeconómico.

47. Phinnemore et al., “Testing the Temperature IV”, 10.

resultados podrían estar en sintonía con otros estudios en los que se percibe al estado de referencia como responsable en la pérdida de bienestar general y la expectativa de una hipotética secesión favorecería la previsión de una mejora.⁴⁸ En cuarto lugar, se incorporarán factores relacionados con el abandono por parte del Reino Unido de la UE y sus consecuencias; en concreto, la posición en torno al Brexit (*Remain/Leave*), el sentimiento europeísta, la posición ante el Protocolo de Irlanda del Norte⁴⁹ y en qué medida se cree que el Brexit ha hecho más probable la reunificación de la isla. Tal y como se ha descrito anteriormente, la principal novedad que aporta este modelo es la inclusión de la valoración del Protocolo. Esto conlleva una definición precisa sobre las fronteras entre Irlanda del Norte, el resto del Reino Unido y el resto de Irlanda, así como las implicaciones concretas de su establecimiento, a diferencia de estudios previos en los que se pregunta sobre hipotéticas situaciones fronterizas. Al hilo de los resultados sobre estos estudios, se prevé que el Protocolo resulte un factor importante a la hora de definir las preferencias territoriales. Se incluirá un quinto modelo que incorporará todas las variables anteriores para valorar, desde una visión general, qué tipo de variables tienen una mayor influencia a la hora de decantarse a favor de reunificación irlandesa.

Además del estudio de la muestra total, visto el peso que han ido tomando los sectores llamados “no alineados”, se realizará un estudio específico de las causas en este ámbito concreto, siguiendo el mismo patrón de los modelos utilizados para la población general. Se trataría específicamente de esos ámbitos que no se consideran: a) ni católico, ni protestante (véanse las figuras 2 y 3); b) ni nacionalista, ni unionista (véase la figura 6), y c) que su principal identificación nacional es la norirlandesa, frente a la británica o irlandesa (véase la figura 4).

Previamente al análisis de los datos, se comprueban tanto los supuestos básicos (tamaño muestral elevado, inclusión de variables independientes relevantes y continuas o dicotomizadas, ausencia de colinealidad y aditividad) como los específicos (no linealidad de la variable dependiente, celdillas “no cero” y la

48. Barreiro, “Cataluña”; Feijóo y García-Alonso, “Análisis crítico de los discursos políticos en la campaña electoral”.

49. Este protocolo ha sido recientemente modificado por el llamado Marco de Windsor, el cual recoge una serie de adaptaciones relativas a varios aspectos aduaneros y comerciales. Debido a la falta de preguntas relativas a la posición de la ciudadanía sobre el mismo en la encuesta utilizada para este trabajo, los análisis aquí descritos se atenderán al Protocolo firmado el 20 de enero de 2020.

heterocedasticidad) para un análisis de regresión logística. Por la posible interrelación entre variables de los diferentes apartados, cobra especial importancia el análisis de la colinealidad. Para evitar posibles distorsiones se realiza un análisis de correlaciones bivariadas y se analizan los niveles de tolerancia y el factor de inflación de la varianza (FIV) de las diferentes variables. Esto resulta especialmente importante en el caso de elementos que, de manera intuitiva, pueden presuponerse colineadas, como puede ser el caso de las variables relacionadas con la identidad nacional, manteniéndose en todos los casos en umbrales aceptables establecidos por la literatura de referencia.⁵⁰ Los modelos de regresión logística se realizan utilizando el paquete estadístico SPSS; en concreto, el método “LR por pasos adelante”. Este método incorpora de manera automática las variables explicativas que resultan significativas, omitiendo las que no lo son.

En resumen, estas son las principales hipótesis que se plantean:

H1: siguiendo lo planteado por la literatura sobre el caso norirlandés, es de esperar que las variables tradicionales relacionadas con la identidad nacional, política y religiosa, sean importantes.

- H1₁: sin embargo, se plantea que no serán solo las identidades nacionales de carácter exclusivo las que tengan importancia, sino también las duales o compartidas.
- H1₂: en relación con la religión, se prevé que no sea un factor tan determinante como las identidades nacionales.

H2: se plantea que variables de corte más instrumental también tengan importancia a la hora de explicar los motivos a favor de la reunificación. Específicamente:

- H2₁: que posiciones más progresistas puedan estar relacionadas con opciones más favorables a la reunificación.
- H2₂: que, al hilo de lo planteado por estudios previos, el impacto del Brexit pueda favorecer las posiciones pro reunificación; especialmente, el Protocolo de Irlanda del Norte, por su importancia en la definición de las fronteras.

H3: se prevé que en el caso de los sectores “no alineados” las variables relacionadas con los *cleavages* clásicos (identidad nacional y religión) pierdan peso, en favor de los factores de tipo instrumental.

50. Cea, *Análisis multivariable*, 52.

A continuación, se incluye una tabla con las variables concretas, su tipología, las categorías utilizadas en cada una y los tipos de categorías resultantes.

Tabla 1. Variables independientes utilizadas en los modelos de regresión logística

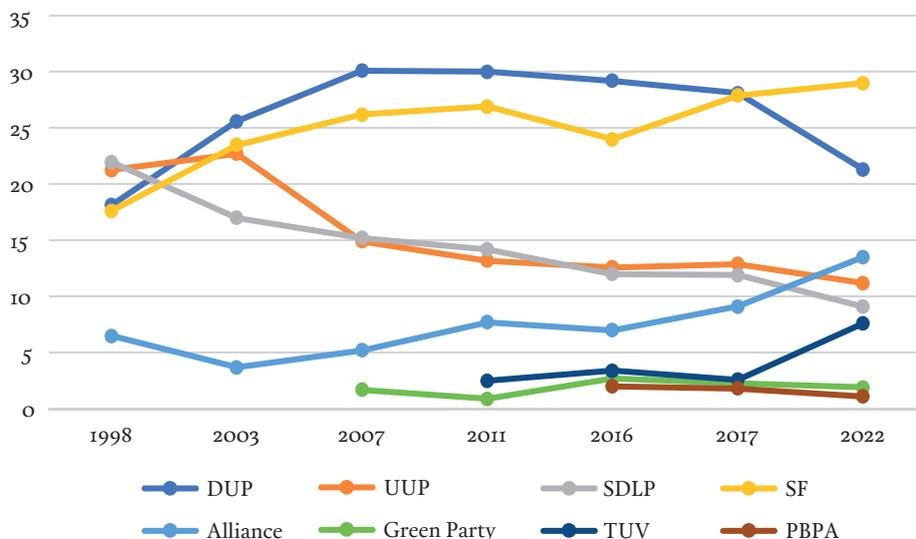
VARIABLES	CATEGORÍAS	TIPO
SOCIODEMOGRÁFICAS		
Edad	18-24, 25-34, 35-44, 45-54, 55-64, 65+	Ordinal
Sexo	Hombre, mujer	Dicotómica
Estudios	Grado o superior, diploma, GCE A (“bachillerato”), grados A a C de GCSE (secundaria), grados D a G de GCSE (secundaria), sin certificaciones	Ordinal
Religión	Protestante, católica, ninguna	Nominal
IDENTITARIAS		
Identidad nacional “excluyente”	Británica, irlandesa, Úlster, irlandesa del norte	Nominal
Identidad nacional “gradual” (Linz-Moreno)	Irlandesa no británica, más irlandesa que británica, igualmente irlandesa y británica, más británica que irlandesa, británica no irlandesa	Nominal
Identificación política	Unionista, nacionalista, ninguno	Nominal
SOCIOECONÓMICAS		
Responsabilidad del gobierno en reducir las diferencias de ingresos	Muy de acuerdo, de acuerdo, ni de acuerdo ni en desacuerdo, en desacuerdo, muy en desacuerdo	Ordinal
Acceso a la sanidad en función de ingresos	Muy de acuerdo, de acuerdo, ni de acuerdo ni en desacuerdo, en desacuerdo, muy en desacuerdo	Ordinal
Progresividad fiscal de las rentas altas	Una parte mucho mayor, mayor, la misma, menor, mucho menor	Ordinal
Incremento de los poderes descentralizados	Muy de acuerdo, de acuerdo, ni de acuerdo ni en desacuerdo, en desacuerdo, muy en desacuerdo	Ordinal
RELACIÓN BREXIT		
El Brexit hace más probable la reunificación	Más probable, menos probable, no ha hecho ninguna diferencia	Nominal
Posición ante el Brexit	<i>Remainer, Leaver</i>	Dicotómica
Valoración del Protocolo	En general, es algo bueno para IN; es una mezcla para IN; es, en general, algo malo para IN	Nominal
Sentimiento europeísta	Siempre me considero europeo; a veces me considero europeo; nunca me considero europeo	Nominal

5. Análisis de los resultados

5.1. Evolución electoral y contexto general

En primer lugar, se va a analizar la evolución electoral de los principales partidos políticos, así como las principales razones relacionadas con sus transformaciones. En este sentido, las elecciones celebradas el 25 de junio de 1998 fueron las primeras llamadas para cubrir los 108 escaños de la recién creada Asamblea de Irlanda del Norte. Los resultados produjeron un cambio relevante en la correlación de fuerzas de los partidos norirlandeses. Por primera vez una fuerza nacionalista, el SDLP, era la más votada (21,96 %), por delante de la que durante las décadas de los años 80 y 90 había sido la principal fuerza de los Seis Condados, el UUP (21,25 %), aunque debido al sistema electoral, el UUP obtuvo más escaños que el SDLP (28 frente a 24).⁵¹ A continuación se situaría el DUP, que había destacado por su posición contraria a los AVS (18 % de votos y 20 escaños) y el Sinn Fein, con 18 escaños y el 17,63 % del voto.

Figura 1. Evolución electoral en porcentaje de voto de los partidos en las elecciones a la Asamblea de Irlanda del Norte (1998-2021)



Fuente: ARK Northern Ireland. Elaboración propia.

51. El Voto Único Transferible fue el sistema electoral elegido para la designación de escaños, tanto en la Asamblea como en los Consejos Locales de Irlanda del Norte. Así, las 18

Sin embargo, la puesta en marcha del ejecutivo se vio rápidamente frustrada, ya que el entonces primer ministro, David Trimble (UUP), amenazó con dimitir a comienzos del año 2000 si el IRA no empezaba el decomiso de su armamento. Las disputas dentro del unionismo emergían tras estas tentativas de bloqueo,⁵² suponiendo la suspensión de la Asamblea y del Ejecutivo por parte del secretario de Estado para Irlanda del Norte. Las desavenencias fueron superadas en mayo de ese mismo año con un triple acuerdo sobre las consecuencias de un conflicto armado todavía muy presente. De este modo, el Gobierno británico restableció la Asamblea y el Ejecutivo, pero supuso la primera de una serie de suspensiones de las instituciones norirlandesas por parte de la administración británica.

Uno de los cambios más significativos en el desarrollo electoral de este periodo se produjo en la siguiente convocatoria de 2003, cuando los resultados mostraron el cambio en el orden preferencia de los votantes dentro de cada comunidad, pasando a ser el DUP (25,66 %) la primera fuerza en el ámbito unionista y el Sinn Fein (23,47 %) en el nacionalista. De esta manera, las posiciones más enconadas dentro del escenario norirlandés se vieron reforzadas, transitando de una dinámica centrípeta a una centrífuga. Sin embargo, habría que matizar esta aparente polarización de la dinámica política norirlandesa, ya que este incentivo de los partidos situados en los extremos se vio acompañada por una moderación de sus postulados,⁵³ especialmente en el caso del Sinn Fein.⁵⁴

La estructura consociacional⁵⁵ del Ejecutivo delimitada en los AVS establecía un sistema de mayoría reforzada (*parallel consent rule*) para las “decisiones clave”, como la elección del primer ministro y el viceprimer ministro. Este

circunscripciones de las elecciones de la Asamblea están compuestas por seis asientos cada una. Aunque el número de escaños por distrito no es excesivamente pequeño, ha dado pie a que en diversas convocatorias exista cierta desproporcionalidad entre el porcentaje de votos y los representantes obtenidos. Igualmente ha favorecido la presentación de candidaturas independientes, principalmente dentro del unionismo.

52. Tal y como apunta O’Leary (2019, 180-181), la correlación de fuerzas a favor de la hoja de ruta establecida por los AVS dentro de los parlamentarios unionistas era frágil (30 a favor y 28 en contra), siendo especialmente sensible dentro del UUP ya que, aunque la mayoría de su dirección (Ulster Unionist Council) se hubiese mostrado a favor de los mismos, el grupo parlamentario estaba especialmente dividido.

53. Villaverde, “El sistema de partidos norirlandés tras los Acuerdos de Viernes Santo”, 160.

54. Whiting, “Moderation without Change”, 17.

55. Lijphart, *Sistemas electorales y sistemas de partidos*.

sistema requería las mayorías favorables de los representantes de ambas comunidades en la Asamblea, lo que en la práctica suponía —aunque no estuviese así explicitado— que estos dos cargos iban a estar copados por las dos fuerzas principales del unionismo y nacionalismo.⁵⁶ La oposición del DUP a conformar un ejecutivo con un miembro del Sinn Fein como viceprimer ministro hizo que la Asamblea nunca se reuniese y, consecuentemente, no se conformase ningún Ejecutivo, demandando este la apertura de un proceso de revisión de los AVS. Este proceso desembocó dos años más tarde en el llamado Acuerdo de St. Andrew, el cual creaba un doble sistema de incentivo, negativo y positivo. El primero, llamado “Plan B”, dejaba en caso de bloqueo en manos de los dos estados la dinámica política del territorio, restaurando el gobierno directo desde Londres (*direct rule*), y delegando en el secretario de Estado para Irlanda del Norte las políticas públicas que deberían dirimir los mandatarios locales. Por otro lado, recogía un sistema de incentivos positivos, que debía atraer tanto a nacionalistas como a unionistas. Después de que los partidos refrendaran el acuerdo y tras las elecciones de marzo de 2007, la Asamblea fue restablecida, e Ian Paisley (DUP) y Martin McGuinness (Sinn Fein) fueron designados como primer ministro y viceprimer ministro, respectivamente.

Las convocatorias de 2007, 2011 y 2016 no depararon grandes cambios en las correlaciones de fuerzas. DUP y Sinn Fein se consolidaron como las principales fuerzas políticas y se estableció una pugna entre los partidos moderados (SDLP y UUP) por la tercera plaza, en la que se fueron alternando sucesivamente. Sin embargo, la relativa calma de este periodo no se prolongó debido a la dimisión del Viceprimer Ministro del Sinn Fein, McGuinness, en enero del 2017 por el escándalo del “incentivo del calor renovable” protagonizado por la primera ministra, Arlen Foster (DUP).⁵⁷ Los resultados de las nuevas elecciones dejaron al Sinn Fein a tan solo dos décimas de convertirse en la primera fuerza y conformaron una nueva mayoría parlamentaria no unionista.⁵⁸ Además, estas fueron las primeras elecciones tras el referéndum de junio de 2016 sobre la permanencia del Reino Unido en la UE, en el que la mayoría de fuerzas políticas norirlandesas (Sinn Fein, UUP, SDLP, Alliance y Green

56. Posteriormente, el Acuerdo de St. Andrew (2006) formalizó que estos dos cargos fuesen ocupados por los dos primeros partidos de cada comunidad.

57. El objeto de la controversia fue el plan fallido de incentivos a las energías renovables que dirigió el Ministerio de Empresa, Comercio e Inversión, bajo su mando, por el que los mecanismos de control de la financiación pública habrían hecho aguas.

58. Dochartaigh, “Beyond the dominant party system”, 7.

Party) y la mayoría de su población (55,8 %) optaron por la permanencia en la misma. La polémica por la candidatura de Foster a la presidencia, las disputas por la Ley del idioma irlandés o la situación de crisis generalizada vivida en Westminster por la negociación entre el Reino Unido y la UE por el Brexit condicionaron la conformación del Gobierno casi tres años. De manos del acuerdo *New Decade, New Approach*, se pusieron las bases para el desbloqueo político, pero esta vez lejos de los grandes acuerdos sobre los temas sensibles relacionados con el conflicto (desmilitarización, policía, víctimas, etc.) o con las identidades de cada comunidad (*polity*), sino con temas conectados con la gestión de las políticas públicas (*policy*). Se establecieron una serie de medidas dirigidas al fomento de los servicios públicos, la transparencia, la rendición de cuentas de las instituciones y la limitación del *Petition of Concern*,⁵⁹ o a los estímulos para el fomento de la lengua irlandesa, dando pie, en enero de 2020, al restablecimiento del Ejecutivo norirlandés.

Sin embargo, el Gobierno colapsó, de nuevo, en febrero de 2022, en este caso, tras la dimisión del primer ministro, Paul Givan (DUP), en protesta por las condiciones comerciales establecidas en el Protocolo de Irlanda del Norte. Los resultados de las nuevas elecciones situaron por primera vez al Sinn Fein como fuerza más votada, haciendo que el republicanismo pudiera optar a la presidencia del Ejecutivo. Además, el partido “no alineado” Alliance se convirtió en la tercera fuerza de la Asamblea (13,5 % de los votos). Los unionistas siguieron manteniendo su mayoría porcentual y en asientos con respecto a los nacionalistas. Sin embargo, la división de voto en ese ámbito se hizo palpable, tomando forma en una caída del DUP (-6,8 %) y un ascenso del radical TUV (+5 %). Esta fragmentación del voto unionista se debió principalmente a la posición más contundente desde un primer momento del segundo en contra de la frontera comercial interna entre Irlanda del Norte y el resto de Gran Bretaña establecida por el Protocolo, si bien ante la presión de estos, el DUP acabó endureciendo su postura.⁶⁰ Aunque las atribuciones políticas de los cargos de primer ministro y viceprimer ministro son prácticamente iguales, para el DUP el coste simbólico de la designación de un miembro del Sinn Fein como primer ministro fue muy elevado; eso, unido a las desavenencias en relación con el Protocolo, hizo que este partido no designara a su candidato a viceprimer ministro y el Ejecutivo

59. Este es un mecanismo mediante el cual 30 parlamentarios pueden solicitar a la Asamblea que se apruebe un asunto de forma intercomunitaria en lugar de por mayoría simple. Sin embargo, el uso abusivo del mismo condujo a un bloqueo de las instituciones.

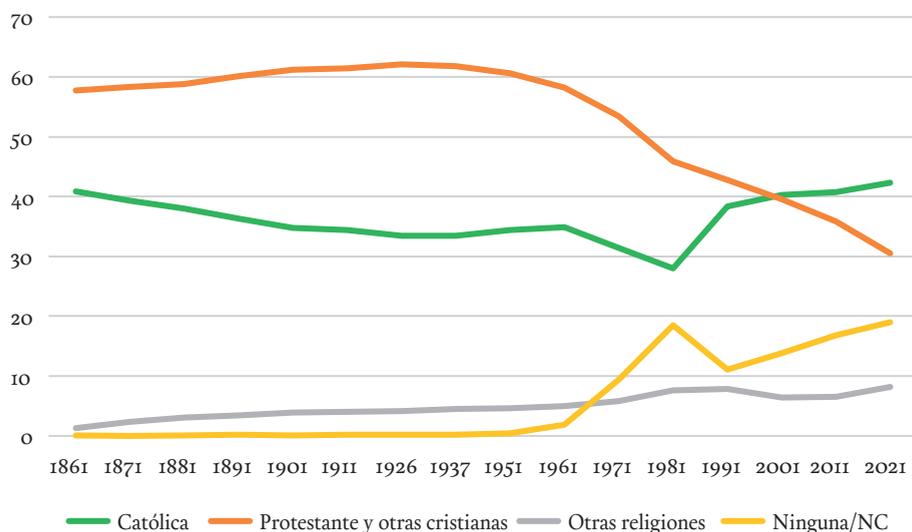
60. Tongue, “Voting into a Void?”, 527.

no se conformase. Esta misma presión del unionismo abrió las puertas a la revisión del Protocolo y a la firma de un nuevo acuerdo entre el Reino Unido y la UE para abordar el movimiento de mercancías entre ambos, llamado Marco de Windsor. Todo ello en un contexto en el que temas como los bloqueos del Ejecutivo, la gestión de los recursos públicos o las implicaciones materiales del restablecimiento de fronteras entre territorios a raíz del Brexit han ido situándose en primera línea de la agenda política norirlandesa.

5.2. Evolución de las comunidades religiosas

En lo que se refiere a la evolución de las comunidades religiosas, los resultados presentados en las figuras 2 y 3 muestran un cambio de correlación de fuerzas entre protestantes y católicas a lo largo de los últimos 25 años, siendo la segunda la que se ha ido imponiendo. En la figura 2 se refleja una panorámica amplia, partiendo de los primeros censos oficiales de mediados del siglo XIX. En los datos recogidos en la misma, se atiende a la pregunta de cuál es la religión declarada por la persona entrevistada. Destacan dos datos: por un lado, el *sorpasso* de los

Figura 2. Evolución de las comunidades religiosas en Irlanda del Norte; años 1861-2021 (religión declarada)

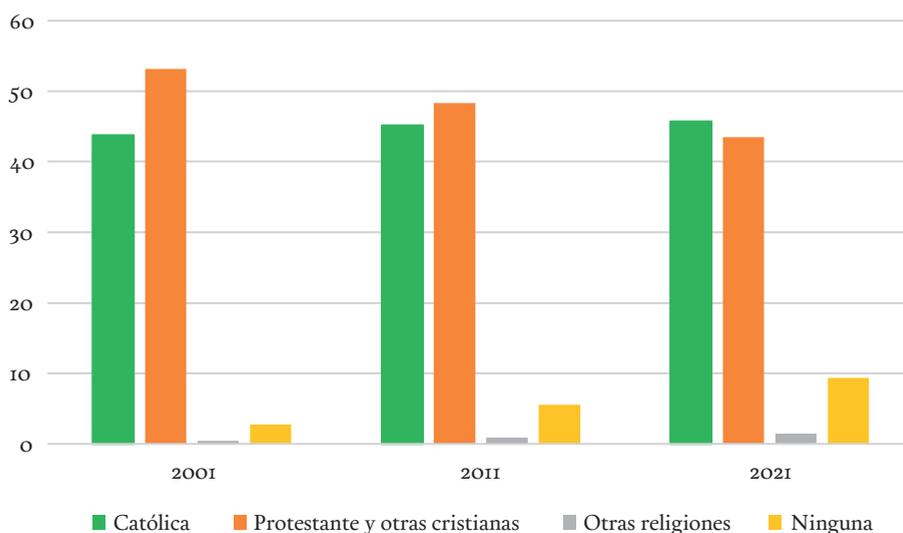


Fuente: *Northern Ireland Statistics and Research Agency*. Elaboración propia.

que se declaran católicos frente a los que se declaran protestantes con el cambio del nuevo siglo, situándose la religión declarada en 2021 en el 42,31 % en el caso de los católicos, y en el 30,51 % en los protestantes, y, por otro lado, el aumento notable de los que declaran no tener ninguna religión como propia o bien no quieren declararla, situándose en un 19 %.⁶¹ Sin embargo, atendiendo a la figura 3, el momento de adelantamiento se correspondería al último censo disponible: el de 2021. Esta disonancia se debe a que, ante el incremento de personas que prefieren no declarar su religión, desde el año 2001 se incluye una segunda pregunta dirigida específicamente a ese grupo, preguntándoles sobre la religión en la que se han criado (entorno familiar, colegio, etc.).

Los datos recogidos en la figura 3 recogen ambas cuestiones: religión auto-declarada y, en el caso de no tenerla, religión de crianza. Atendiendo a estos datos, en 2021 por primera vez en su historia la comunidad católica (45,70 %) superó en número a la protestante (43,48 %) en el norte de Irlanda. También

Figura 3. Evolución de las comunidades religiosas en Irlanda del Norte en los años 2001, 2011 y 2021 (religión declarada y religión de crianza)



Fuente: *Northern Ireland Statistics and Research Agency*. Elaboración propia.

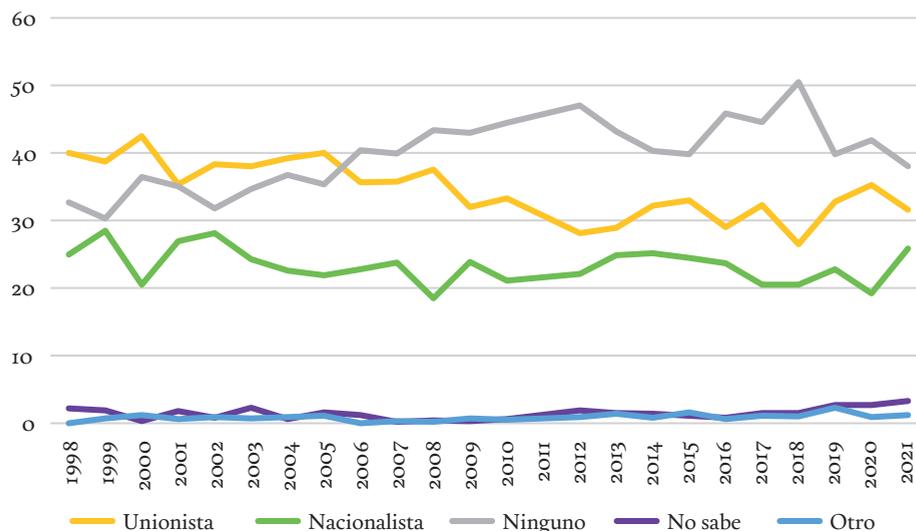
61. También se podría destacar el dato atípico de 1981, en el que sube notablemente la población que no declara su religión y baja la de la comunidad católica. Esto se debería a una campaña de boicot promovida ese año por parte de la comunidad republicana.

cabe destacar el aumento significativo de aquellos que no se identifican con ningún credo, pasando de suponer el 2,72 % en 2001, a ser el 9,32 % en 2021. Estudios realizados sobre la base del censo de 1991 ya constataban la existencia de otra serie de grupos no encuadrables dentro de estas dos grandes comunidades religiosas, así como las implicaciones políticas que tendrían en el futuro.⁶² Sin embargo, su tamaño ha ido en aumento desde entonces.

5.3. Evolución de las identidades nacionales

Para analizar este apartado se van a tomar en consideración datos de tres muestras diferentes provenientes de las encuestas NILT. En primer lugar, se analizan los resultados de la pregunta relativa a las identidades en términos exclusivos, es decir, cuando el encuestado tiene que elegir solo una de las identidades nacionales sin posibilidad de combinarla con otra. Aunque durante prácticamente todo el periodo la identidad que ha prevalecido ha sido la británica —situándose por

Figura 4. Evolución de las identidades nacionales “exclusivas” en Irlanda del Norte (1998-2021)



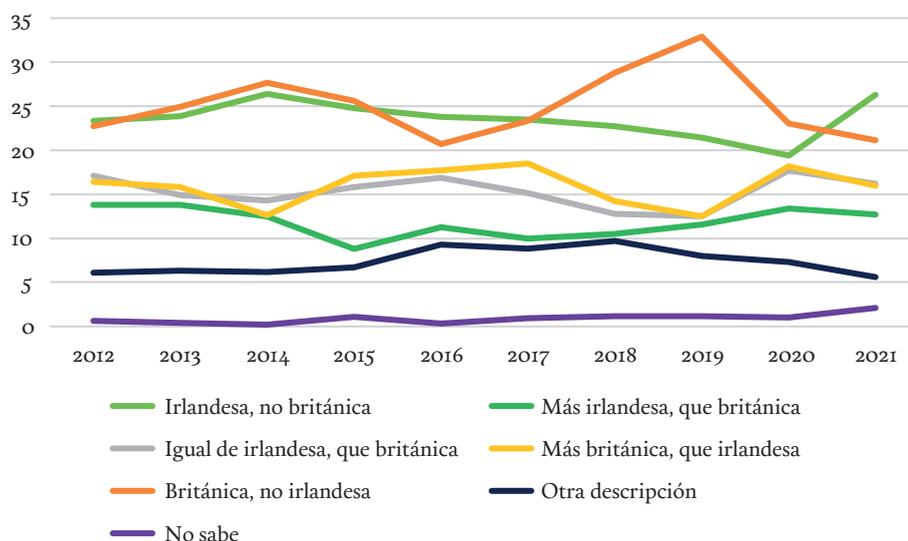
Fuente: NILT. Elaboración propia.

62. Doherty y Poole, “Religion as an indicator of ethnicity in Northern Ireland”.

encima del 30 %, e incluso del 40 % hasta comienzos del nuevo siglo—, los dos últimos años se habrían dado cambios significativos: en 2020 destaca la identidad norirlandesa como la más importante (35,9 %) y, en 2021, la irlandesa (32 %), mientras la británica se habría situado en una tendencia a la baja desde 2019.

Si se toma como referencia la pregunta Linz-Moreno (figura 5), que da opción a combinar diferentes grados de identificación entre las dos principales identidades (británica e irlandesa), destaca cómo las dos principales opciones siguen siendo las identidades exclusivas. Es decir, la mayor parte del periodo la que ha sido elegida de manera mayoritaria ha sido “británico/a, no irlandés/a”, alternándose en algunos breves periodos con “irlandés/a, no británico/a”. El resto de opciones combinando diferentes grados de identidades se han situado en puestos posteriores, destacando, en tercer lugar durante prácticamente todo el periodo, la identidad “más británica que irlandesa”. Sin embargo, en los últimos años nuevamente se habría dado un cambio de preferencia, situando a la exclusivamente británica a la baja (21,1 % en 2021) y colocando a la únicamente irlandesa en primera posición en 2021 con un 26,3 % —situación que también se dio en 2016 y 2017, pero con una diferencia menos pronunciada—.

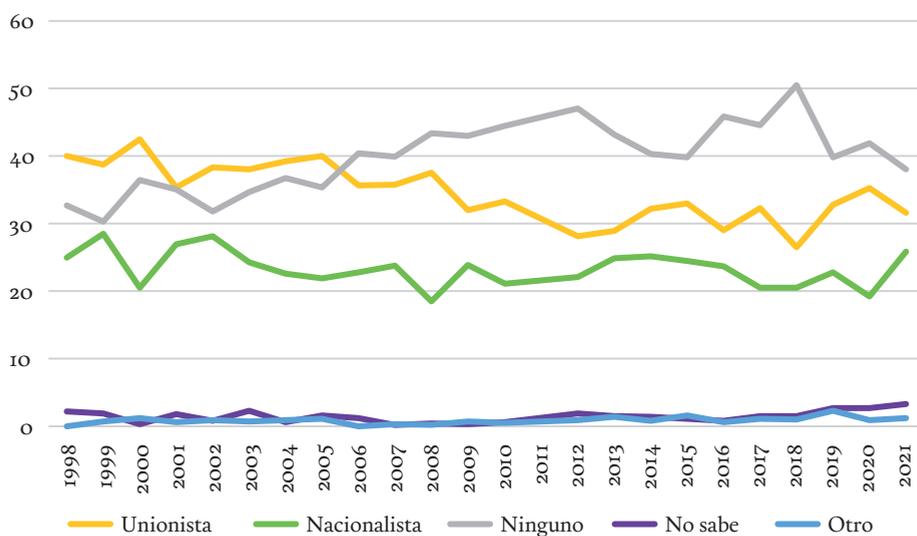
Figura 5. Evolución de las identidades nacionales (Linz-Moreno) en Irlanda del Norte (2012-2021)



Fuente: NILT. Elaboración propia.

Para acabar de completar esta radiografía se incorpora un gráfico relativo al sentimiento como unionista o nacionalista. Esta cuestión dista de la identificación nacional que se ha visto en este apartado, en tanto que hace referencia a una cuestión ideológica. Es por esto que quizás el nivel de concordancia entre los resultados que se presentan en la figura 6 y el resto de resultados no sea tan preciso. Es decir, aunque a lo largo de todo el periodo la identificación con el unionismo ha prevalecido sobre la nacionalista —en sintonía con la predominancia de la identidad británica—, a partir del año 2006 la opción mayoritaria será la que no se identifica con ninguna de las dos, superando la mitad de la población en 2018 (50,5 %) y situándose en un 38 % en 2021. Atendiendo a lo planteado, esta evolución podría estar relacionada con la desintensificación del conflicto y la consecuente pérdida de activismo unida a él.

Figura 6. Evolución de las identificaciones unionista/nacionalista en Irlanda del Norte (1998-2021)



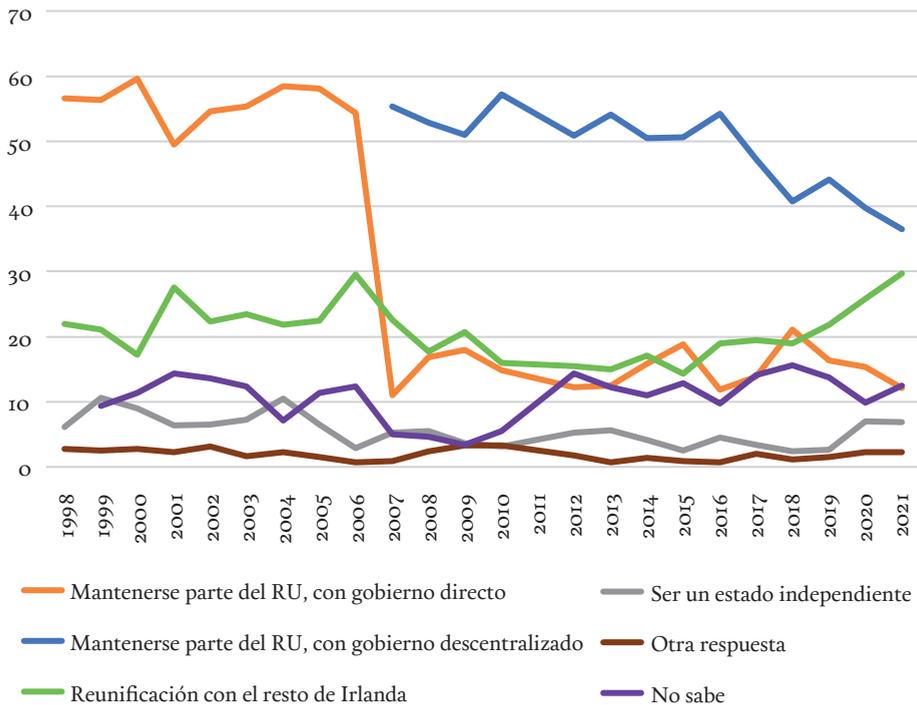
Fuente: NILT. Elaboración propia.

5.4. Evolución de las preferencias sobre organización territorial

Para finalizar con este apartado descriptivo se incluye la figura 7, que muestra la evolución de las preferencias sobre organización territorial “a largo plazo”. Desde el punto de vista formal, hay que destacar la inclusión a partir de 2007

de la opción “mantenerse en el Reino Unido, con gobierno descentralizado”, que hace que la opción de “gobierno directo” desde Londres, predominante hasta entonces, caiga notablemente. De esta manera, la opción de la descentralización ha sido la preferida por la ciudadanía, manteniéndose por encima del 40 % hasta 2020, aunque tendencialmente a la baja. A partir de ese año, el segundo puesto ha estado en liza entre los que prefieren una reunificación con el resto de Irlanda y los que apuestan por un gobierno centralizado en Westminster, si bien a partir del 2018 empieza a destacar la opción de la unificación sobre la centralización, situándose a menos de siete puntos de la opción favorita de la ciudadanía norirlandesa (*devolved*) en 2021, con un 29,7 %. Así, los cambios que se han dado durante los últimos años entre identificación nacional, identidad religiosa y la preferencia territorial concordarían, en sintonía con lo planteado en la literatura tradicional sobre el peso de estos *cleavages* tradicionales. No obstante, ¿hasta qué punto otros elementos de carácter más instrumental resultan claves a día de hoy a la hora de determinar los factores a favor de la reunificación?

Figura 7. Evolución de las preferencias territoriales a largo plazo (1998-2021)



Fuente: NILT. Elaboración propia.

5.5. Resultados de los modelos explicativos

La tabla 2 presenta los diferentes modelos explicativos en relación con la preferencia por una Irlanda unida. El primero recoge los factores sociodemográficos, utilizados a modo de variables de control. Con una R^2 de 0,538 se ve cómo estas variables ya tienen una capacidad explicativa relativamente alta. Como era de esperar, la religión es el factor más significativo, posicionándose cinco veces más los católicos a favor de la reunificación que los componentes del grupo de referencia; es decir, los que no han manifestado su adhesión a ninguna de las principales religiones. El resto de variables sociodemográficas, como el sexo, los estudios o la edad, no resultan significativas a la hora interpretar la preferencia a favor de esta opción territorial.

Destaca el aumento de la capacidad explicativa del segundo modelo, que incluye las variables relacionadas con la identificación nacional y política, pasando a una R^2 de 0,750. Las categorías recogidas en la identificación nacional “gradual” (Linz-Moreno) resultan determinantes, siendo la ciudadanía que se siente más irlandesa la más proclive a la unidad territorial de la isla. Sin embargo, cabe destacar que no solo la identidad “irlandesa, no británica” se ha mostrado significativa, sino que el resto de identidades duales también muestran cierta capacidad explicativa.⁶³ Esta misma tendencia a favor de la combinación de identidades se muestra en el resultado de la variable asociada a la pregunta sobre la elección de una única identidad, ya que, en contra de lo que *a priori* podría preverse, no se muestra significativa en este modelo. Por su parte, la identificación unionista/nacionalista resulta clave, siendo estas identidades más politizadas y movilizadas muy importantes. Sin embargo, destaca cómo en este segundo modelo la variable religiosa pierde su capacidad explicativa, en sintonía con las lecturas que le dan una función de refuerzo de las comunidades nacionales.

En el tercer modelo, se incluyen las variables relacionadas con ciertos condicionantes socioeconómicos. En este caso, la variable de control de la religión vuelve a tomar importancia. En lo que respecta a las socioeconómicas,

63. Sin duda, esto está influido por que la categoría de referencia sea “británico, no irlandés”, lo cual indica que hay margen en las identidades duales para posicionarse a favor de la reunificación, aunque lógicamente con menor intensidad cuanto más británico/a se sienta.

destaca que los que están más de acuerdo con que el gobierno tiene que reducir las diferencias entre los que tienen más ingresos y los que tienen menos muestran una posición más favorable a la reunificación. Igualmente sucede con los que tienen una mayor percepción de injusticia sobre que los que pueden pagarse el acceso a una sanidad privada puedan acceder más rápido a la atención médica que la ciudadanía que tiene que acceder al sistema público de salud. Vistos estos resultados, se podría intuir que los que tienen posiciones que podrían considerarse más progresistas tienen, a su vez, posturas más favorables a la reunificación. Sin embargo, no sucede así con la variable relacionada con el aumento de la progresividad en el pago de impuestos, no mostrándose significativa a la hora de condicionar las preferencias sobre la organización territorial. Algo similar sucede con la variable relacionada con la posición en torno a aumentar las competencias descentralizadas, ya que no aparece como variable significativa. En relación con el debate planteado en el apartado teórico, se podría inferir que, en el caso norirlandés, los deseos de mayor autogobierno no tienen por qué conllevar una preferencia a favor de independizarse del Reino Unido. Sin embargo, hay que dejar constancia de que, de manera comparativa, este tercer modelo no aporta una mayor capacidad explicativa con respecto al primer modelo que recogía las variables sociodemográficas, incrementándose únicamente la R^2 en 0,17.

En cuarto lugar, se incorporan las variables relacionadas con el Brexit y sus consecuencias. Nuevamente, la capacidad explicativa de este modelo se incrementa de manera notable, hasta una R^2 de 0,773. La religión vuelve a resultar determinante en este modelo, pero aparece por primera vez la variable de género, siendo algo más proclives las mujeres que los hombres a la reunificación. Sin embargo, la principal novedad que aporta este modelo es la posición en torno al Protocolo de Irlanda del Norte, siendo los que hacen una valoración positiva y mixta, respectivamente, los más favorables a la opción territorial ya mencionada. Igualmente, los que siempre se han manifestado como europeos también serían más proclives. Sin embargo, no aparece como significativo estar en contra del abandono del Reino Unido de la UE. Este resultado podría estar motivado por que esta posición no estuvo solo defendida por las fuerzas nacionalistas, sino por las “no alineadas” (Alliance y Green Party) y por la unionista UUP. Los datos estarían en concordancia con los resultados de estudios previos que mostraban la influencia de las posibles fronteras en este debate. Sin embargo, la principal aportación de este trabajo radicaría en la consta-

tación de que la opinión sobre el Protocolo y las fronteras concretas que este establecieron son factores determinantes a la hora de explicar las motivaciones sobre una posible reunificación.

Para finalizar, se incluye un quinto modelo que incorpora todas las variables mencionadas. Aunque, como es lógico, la incorporación de más variables hace que su capacidad explicativa sea la más alta ($R^2 = 0,853$), su incremento con respecto a los que han mostrado mayor importancia (modelos 2 y 4) no es especialmente notable, dejando en evidencia la robustez de los relacionados con las identidades nacionales y el Brexit. Desde un punto de vista global, y siguiendo la senda de los resultados expuestos hasta ahora, las categorías relacionadas con las variables de identificación nacional e identificación política y la valoración positiva del Protocolo se muestran determinantes. En lo que respecta a la identificación nacional, se puede observar que, de nuevo, la identidad exclusivamente irlandesa no es la única que se muestra significativa a la hora de mostrar posiciones favorables a la reunificación. Identidades nacionales duales también aparecen como importantes a la hora de decantarse a favor de esta opción territorial. Estos resultados estarían contrapuestos con las teorías que se sustentan en las identidades exclusivas como base del apoyo a la independencia. En el caso de las identidades nacionalistas y unionistas, aparecen claramente politizadas y estrechamente vinculadas, de manera positiva o negativa, a la reunificación. Cabe mencionar cómo la religión pierde su capacidad explicativa también en este último modelo.

Junto con las variables relacionadas con las identidades nacionales y políticas, destacan dos de carácter más instrumental, como son el apoyo al Protocolo y el tema del acceso igualitario al sistema sanitario. En lo referente al Protocolo, será hasta diecisiete veces más probable que estén a favor de la reunificación los que tienen una posición favorable del mismo que los que tienen una percepción negativa. Sobre la hipótesis acerca de la importancia que puedan tener las variables de corte más instrumental en la configuración de las preferencias territoriales, se abre una otra posibilidad al hilo de lo planteado por estudios previos:⁶⁴ que el peso de las identidades sea lo que condiciona la importancia de estos factores aparentemente más instrumentales. Esta segunda opción implicaría que no son solo los aspec-

64. Daniels y Kuo, "Brexit and Territorial Preferences", 204.

tos materiales derivados del establecimiento de unas fronteras comerciales concretas los que determinarían la importancia de esta variable, sino que esta variable estaría condicionada por elementos más profundamente enraizados, como las identidades nacionales, ante la amenaza que suponía el establecimiento de una frontera *dura* entre los dos territorios de Irlanda y el desvanecimiento de ese riesgo tras la entrada en vigor del Protocolo. Esta posibilidad hace más difusa la divisoria entre variables identitarias y variables instrumentales, dejando en evidencia la estrecha relación existente a menudo entre ambas.

Además, en este quinto modelo destaca otra variable de carácter socioeconómico: la valoración sobre lo (in)justo que resulta que los que pueden acceder a la sanidad privada lo hagan más rápidamente que los que tienen que recurrir al sistema público. Aunque esta variable aparece con una intensidad menor que el resto, muestra la importancia que ha tomado el funcionamiento del sistema de salud norirlandés, situándose como la principal preocupación de la ciudadanía, según la Queen's University (2022). Esta situación estaría relacionada con el deficiente funcionamiento del ejecutivo norirlandés, con sus sucesivas suspensiones y con la consecuente "falta de visión a largo plazo del mismo".⁶⁵ A falta de estudios más específicos que pudiesen explicar el motivo de la importancia de esta variable con respecto a la reunificación, las teorías que subrayan la importancia de las características sociodemográficas, como las relativas a las diferencias históricas de ingresos entre católicos y protestantes,⁶⁶ o las relativas a la identificación partidista, y el consiguiente sesgo progresista del republicanismo,⁶⁷ podrían explicar el porqué. Además, debido a las largas listas de espera a las que se tiene que someter su ciudadanía, en muchos casos muy superiores a las del resto de territorios del Reino Unido,⁶⁸ el mecanismo del agravio comparativo entre territorios, que ha resultado un aliciente al impulso independentista en otros casos, también podría jugar un rol importante.

65. Whysall, "Northern Ireland's Political Future", 60.

66. Flaherty y Mc Auley, "New dimensions in inequality in Northern Ireland".

67. Coakley et al., "Party images in Northern Ireland".

68. Whysall, "Northern Ireland's Political Future", 58.

Tabla 2. Regresión logística de los factores explicativos de la posición favorable a la reunificación de Irlanda

	MODELO 1 Sociodemográficas		MODELO 2 Identitarias		MODELO 3 Socioeconómicas		MODELO 4 Brexit		MODELO 5 Todas	
<i>Sexo (ref. mujer)</i>							-0,938**	(0,323)		
<i>Religión (ref. Ninguna)</i>										
Protestante	-2,792**	(0,241)			-2,564**	(0,259)	-2,539**	(0,410)		
Católico	1,668**	(0,184)			1,574**	(0,204)	1,463**	(0,344)		
<i>Estudios (ref. sin cualificación)</i>										
Grado o superior							-2,1*	(1,014)	-1,296	(1,332)
Educación superior							-0,439	(1,075)	0,223	(1,440)
GCE A							-0,062	(1,187)	1,661	(1,612)
GCSE A-C							-1,725	(1,125)	-0,501	(1,516)
GCSE D-G							-0,505	1,164	-0,410	(1,790)
Sin certificación										
<i>Identif. nac. gradual (ref. Brit., no irl.)</i>										
Irl., no británico/a			4,521**	(0,583)					3,698**	(1,054)
Más irl. que brit.			3,039**	(0,557)					3,453**	(1,027)
Igual irl. que brit.			2,354**	(0,550)					2,022*	(0,989)
Más brit. que irl.			1,349*	(0,593)					1,744	(1,035)
<i>Identificación política (ref. ninguna)</i>										
Unionista			-2,345**	(0,418)					-2,019**	(0,635)
Nacionalista			1,419**	(0,289)					2,029**	(0,550)
<i>Gobierno reducir diferencias</i>										
					-0,285**	(0,84)				
<i>Acceso sanidad por ingresos</i>										
					0,256**	(0,079)			0,625**	(0,174)
<i>Reunificación por Brexit (ref. no sabe)</i>										
Más probable							1,652	(1,115)	1,806	(1,621)
Menos probable							-0,852	(1,774)	-0,996	(2,235)
Sin diferencia							-0,973	(1,172)	0,195	(1,685)

Cambios en la sociedad de Irlanda del Norte y factores a favor de la reunificación de la isla:
¿más allá de la identidad y la religión?

	MODELO 1 Sociodemográficas		MODELO 2 Identitarias		MODELO 3 Socioeconómicas		MODELO 4 Brexit		MODELO 5 Todas	
<i>Opinión Protocolo (ref. mala)</i>										
Buena							3,315**	(0,511)	2,866**	(0,661)
Mixta							1,033*	(0,457)	1,059	(0,607)
<i>Sentimiento europeo (ref. nunca)</i>										
Siempre europeo/a							1,264**	(0,410)		
A veces europeo/a							0,733	(0,412)		
Constante	-0,089	(0,113)	-2,869**	(0,515)	-0,219	(0,406)	-1,451	(1,314)	-7,170**	(2,051)
χ^2	554,863		790,286		482,650		515,094		517,539	
Hosmer y Lemeshow sig.	1		0,779		0,315		0,870		0,809	
R ² Nagelkerke	0,538		0,750		0,555		0,773		0,853	
N	1099		990		908		626		534	

Nota: Errores típicos entre paréntesis. *p < 0,05; **p < 0,01.

Fuente: NILT (2021). Elaboración propia.

Todos estos datos nos ofrecen una panorámica global del conjunto de la ciudadanía norirlandesa, en la que el peso de los *cleavages* tradicionales (religión e identidad nacional) es patente, pero en la que también emergen otra serie de cuestiones relacionadas con aspectos más materiales, como el Protocolo y la sanidad. Sin embargo, visto el auge de un tercer sector social (figuras 3, 4 y 6) que puede resultar más voluble sobre sus preferencias territoriales, resultaría interesante estudiar cuales son los factores que a día de hoy explican su postura a favor de la reunificación. Se trataría específicamente de esos ámbitos que no se consideran: a) ni católico, ni protestante, b) ni nacionalista, ni unionista, y c) que su principal identificación nacional es la norirlandesa, frente a la británica o irlandesa. Previamente al estudio de los factores explicativos, se hace un breve análisis descriptivo a través de una tabla de contingencia (tabla 3) de la posición de estos tres grupos con respecto a las preferencias sobre la organización territorial a largo plazo.

Los resultados muestran predilecciones dispares según el sector.⁶⁹ En el caso de los que no mantienen ninguna adscripción religiosa, la reunificación de la isla aparece como la opción favorita, con un 32 %. Sin embargo, en el caso de los que no tienen una identificación política con los dos bloques históricos (unionistas y nacionalistas) y su identidad nacional preferente es la norirlandesa, su elección predilecta sería el mantenimiento del estatus actual; especialmente en el caso del tercer grupo, llegando casi al 50 % y reduciéndose la opción a favor de la reunificación al 15,9 %, reforzando las tesis que asocia esta identidad mayormente con los sectores protestantes.⁷⁰ En cualquier caso, cabe destacar que la opción a favor de una Irlanda unida es significativa en los tres grupos.

Tabla 3. Preferencias territoriales en los grupos “no alineados” (%)

	Gobierno centralizado (<i>direct rule</i>)	Gobierno descentralizado (<i>devolved</i>)	Reunificación de Irlanda	Estado independiente	NS/NC	Otros
Ni católico, ni protestante	9	30	32	7,2	17,9	3,8
Ni unionista, ni nacionalista	9,6	33,3	24,5	9,6	20	3
Identidad norirlandesa	7,9	48,2	15,9	9,8	15,5	2,7

Fuente: NILT (2021). Elaboración propia.

Para analizar las causas a favor de la unificación de estos grupos, se plantean otros tres modelos de regresión logística con las mismas variables independientes⁷¹ y dependientes utilizadas previamente, si bien el limitado tamaño muestral hace tomar los resultados con precaución, debiéndose entender como una primera aproximación que debería profundizarse con muestras más amplias.

69. Otro elemento interesante sería el nivel de coincidencia o solapamiento entre estos tres grupos. En relación con esto se destaca que de 1.397 personas encuestadas 436 dijeron no sentirse ni católicas, ni protestantes; 450 se manifestaron norirlandesas; 529 ni unionistas, ni nacionalistas, y 315 personas compartían estas tres características.

70. McKeown, “Perceptions of a superordinate identity in Northern Ireland”, 513.

71. Como es evidente, en el primer modelo se excluirá la variable sobre la adscripción religiosa; en el segundo, la variable sobre identificación política (unionista/nacionalista), y, en el tercero, sobre la identificación nacional excluyente, que serán las variables que respectivamente se utilicen para seleccionar los casos.

Los datos expuestos en la tabla 4 expresan una serie de similitudes y diferencias entre esos tres modelos y los presentados anteriormente en relación con el conjunto de la ciudadanía. En primer lugar, cabe destacar que los tres modelos tienen una capacidad explicativa importante, con unas R^2 que oscilan entre 0,498 y 0,666. En lo referente a los coeficientes de las variables, en los dos primeros modelos la identidad nacional pierde su importancia a la hora de explicar el apoyo a la reunificación, siendo la identidad política y otras dos variables de corte instrumental las que resultarían determinantes: la valoración del Protocolo y la relacionada con el sistema sanitario. Esta observación pondría en evidencia que, a diferencia del conjunto de la población, dentro de estos dos sectores sociales “no alineados” (ni católicos ni protestantes, e identidad norirlandesa) las implicaciones materiales de una posible reunificación primarían sobre las de carácter identitario, si bien es cierto que, dentro de estos segmentos, las identidades más politizadas (unionista/nacionalista) seguirían siendo determinantes. No sucede así en el caso del tercer modelo, en el que, al excluir la identidad política como variable independiente, vuelve a aparecer el factor de la identidad nacional, siendo los más proirlandeses los más favorables. Sin embargo, cabe destacar que identidades duales (“más irlandés/a que británico/a”) siguen mostrándose importantes, perdiendo fuerza las teorías identitarias exclusivistas. En este tercer modelo, recobran su importancia la valoración del Protocolo y la relativa al acceso al sistema sanitario, volviendo a quedar en evidencia la importancia de las variables más instrumentales.

Tabla 4. Regresión logística de los factores explicativos de la posición favorable a la reunificación de Irlanda de los sectores “no alineados”

	MODELO 1 (ni católico/a, ni protestante)		MODELO 2 (identidad norirlandesa)		MODELO 3 (ni unionista, ni nacionalista)	
<i>Identificación nacional “gradual” (ref. británico/a, no irlandés/a)</i>						
Irlandés/a, no británico/a					2,937**	(0,933)
Más irlandés/a que británico/a					2,762**	(0,905)
Igual de irlandés/a que británico/a					1,250	(0,872)
Más británico/a que irlandés/a					0,200	(1,149)
<i>Identificación nacional “excluyente” (ref. norirlandesa)</i>						
Británica	-1,035	(0,705)				
Irlandesa	1,046	(0,592)				

	MODELO 1 (ni católico/a, ni protestante)		MODELO 2 (identidad norirlandesa)		MODELO 3 (ni unionista, ni nacionalista)	
<i>Identificación política (ref. ninguno)</i>						
Unionista	-2,664*	(1,238)	-1,369*	(0,679)		
Nacionalista	1,747*	(0,892)	2,684*	(1,093)		
<i>Acceso sanidad por ingresos</i>						
	0,450*	(0,210)			0,468*	(0,195)
<i>Valoración Protocolo (ref. mala)</i>						
Buena	2,561**	(0,782)	2,306**	(0,838)	2,095**	(0,716)
Mixta	0,594	(0,738)	0,716	(0,835)	0,341	(0,699)
N	149		162		142	
Constante	-2,798**	(1,066)	-1,286	(0,808)	-4,454**	(1,257)
χ^2	96,894		72,659		59,410	
Hosmer y Lemeshow sig.	0,957		0,324		0,640	
R ² Nagelkerke	0,666		0,553		0,498	

Nota: Errores típicos entre paréntesis. *p < 0,05; **p < 0,01.

Fuente: NILT (2021). Elaboración propia.

6. Conclusiones y discusión

La literatura sobre el conflicto norirlandés ha analizado tradicionalmente el impulso a favor de la reunificación principalmente desde el punto de vista de la vinculación cultural e identitaria, en el que la religión y la identificación nacional han jugado un rol determinante. El objetivo de este artículo ha sido comprobar la vigencia de estas tesis en función de los cambios acaecidos a lo largo de los últimos años. En una primera parte de este trabajo se han querido analizar algunas de estas transformaciones. En primer lugar, se han destacado los cambios en el ámbito electoral, con un descenso del conjunto del voto unionista hasta situarse en la última convocatoria en mínimos históricos (41,7 %), mientras los nacionalistas se han mantenido de manera relativamente estable a lo largo de todo el periodo en torno al 40 % y los partidos “no alineados” han despuntado hasta el 13,5 % en 2022. En relación con las identidades religiosas, cabe subrayar que, según el último censo elaborado, por primera vez los católicos superan a los protestantes, llegando los que no se identifican con

ninguna de las comunidades religiosas hasta casi el 10 %. En lo que respecta a las identificaciones nacionales, los datos analizados resaltan, a grandes rasgos, el aumento de las identidades más proirlandesas y el descenso de las más probritánicas. Por último, sobre la organización territorial, si bien la opción del mantenimiento del estatus vigente desde 1998 —permanecer en el Reino Unido, con poderes descentralizados— sigue prevaleciendo sobre las demás, desde el 2015 la opción a favor de la reunificación ha ido creciendo hasta situarse en segundo puesto, a menos de siete puntos de la primera. Aunque a día de hoy parece complicado que esta opción territorial pueda situarse como la preferida por la mayoría de la ciudadanía norirlandesa a corto plazo, los cambios de tendencia citados hacen imprescindible analizar las razones que subyacen a favor de ella.

En lo que respecta a las motivaciones que existen actualmente a favor de una hipotética reunificación, los resultados de los modelos analizados parecen estar en sintonía con los de estudios tradicionales que resaltan la importancia de las identificaciones nacionales. Como cabía esperar, cuanto más irlandesa sea la autoidentificación nacional, más probable será estar a favor de la reunificación. Sin embargo, los resultados también muestran que no solo las identidades exclusivamente irlandesas se mostrarán significativas a la hora de posicionarse a favor de esta opción, limitando el impacto de las teorías de tipo exclusivista e incorporando la importancia de identidades duales a la hora de explicar el impulso pro reunificación (HI_1). Todo ello junto con el auge de la identidad norirlandesa que, tal y como se ha mencionado previamente, ha sido considerada la más inclusiva para ambas comunidades. En cualquier caso, no habría que perder de vista que se está tratando de un territorio en el que las identidades exclusivas (británica e irlandesa) son las que siguen prevaleciendo porcentualmente, por delante de las diferentes combinaciones posibles. En relación con la religión, hay que mencionar que la importancia de esta desaparecerá en los modelos en los que se incluye la identidad nacional (HI_2), dejando en evidencia, por un lado, que dentro de la comunidad católica la opción a favor de la reunificación no tiene por qué ser unánime ni mayoritaria en algunos casos,⁷² y, por otro lado, su papel secundario o reforzador con respecto a las comunidades nacionales.⁷³

72. Garry et al., “The future of Northern Ireland”.

73. Dingley, “Religion, truth, national identity and social meaning”; O’Malley y Walsh, “Religion and democratization in Northern Ireland”.

En los factores de corte más instrumental, los datos no arrojan resultados tan concluyentes. Si bien es cierto que un tema de primer orden en las preocupaciones de la ciudadanía norirlandesa, como es la equidad en el acceso al sistema sanitario, aparece estrechamente relacionado con las posiciones más independentistas, no ocurre lo mismo con el resto de variables socioeconómicas empleadas. Es decir, en función de las variables seleccionadas, difícilmente se podrá concluir de manera general que posiciones más progresistas, como la responsabilidad del Gobierno de reducir las desigualdades de ingresos o la progresividad fiscal, sean determinantes (H2₁). Sin embargo, también hay que destacar que, del tipo de preguntas utilizadas en la encuesta de referencia, resulta difícil deducir si las preferencias sobre la organización territorial variarían en función del bienestar asociado a posibles cambios en las políticas públicas, como se ha analizado en estudios similares de otros casos.

Este debate sobre la instrumentalidad de las razones a favor de la reunificación se podría extender al impacto del Brexit y a sus implicaciones fronterizas de manos del Protocolo. Vistos los resultados —y en sintonía con estudios más recientes que querían medir el impacto de la salida del Reino Unido de la UE—, no cabe duda de la importancia del Protocolo a la hora de definir las preferencias territoriales (H2₂). Sin embargo, cabría plantearse si la posición sobre este no está condicionada por factores con más arraigo como la propia la identificación nacional, o incluso, al hilo de lo planteado anteriormente, si la importancia dada al Protocolo no es producto de un proceso de racionalización de las preferencias preexistentes; es decir, que el propio deseo de reunificación sea el que explique la importancia dada al mismo, como vía para avanzar en esta o, por lo menos, para evitar un retroceso como el que pudiese suponer restablecer una frontera entre las dos partes de la isla.

En lo que respecta a estos sectores “no alineados”, en primer lugar, se debe constatar el auge de los mismos durante los últimos años: la subida electoral de los partidos “no alineados”, como Alliance; el aumento de las personas que no se identifican con ninguna de las dos religiones hegemónicas, o que desde el 2006 la mayor parte de la población no se vincule con ninguna de las dos principales identidades políticas (unionista/nacionalista), son signos de la envergadura que está adquiriendo este espacio y de la importancia que puede tener a la hora de decantar las futuras preferencias territoriales, sobre todo, visto el peso significativo de la opción a favor de la reunificación en los tres sectores analizados. Sin embargo, dado el limitado tamaño de la muestra utilizado, los resultados han de ser tomados con precaución. Como cabía esperar, estos parecen apuntar

a una reducción de la influencia de las identidades nacionales en dos de los tres modelos —no así de las más politizadas (unionista/nacionalista)—, así como a una importancia generalizada de los factores de corte más instrumental (Protocolo y sanidad) (H₃).

Tal y como se ha mencionado anteriormente, la principal novedad que aporta este trabajo radica en que no se ha preguntado a los encuestados sobre hipotéticas situaciones limítrofes tras la implementación del Brexit, sino sobre las fronteras establecidas de una manera nítida por el citado Protocolo. Este elemento dota de una mayor precisión al estudio y evita proyecciones sobre situaciones demasiado generales. Sin embargo, la cambiante situación del territorio norirlandés hace necesarios nuevos análisis que actualicen la importancia de este tema, en tanto que este Protocolo ha sido sustituido por el llamado Marco de Windsor, que viene a amoldar, clarificar y precisar los citados acuerdos fronterizos.

Bibliografía

- Alesina, Alberto, y Enrico Spolaore. *The Size of Nations*. Cambridge: MIT Press, 2003.
- Alkorta, Eider, y Rafael Leonisio. “No solo identidad: claves del independentismo en Euskadi”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 165 (2019): 25-44. <https://doi.org/10.5477/cis/reis.165.25>.
- Balcells i Ventura, Laia. “¿Es el voto nacionalista un voto de proximidad o un voto de compensación? Una nueva aproximación “espacial” al voto en dos dimensiones”. *Revista Española de Ciencia Política* 16 (2013), 61—88.
- Barnes, L. Phillip. “Was the Northern Ireland Conflict Religious?”. *Journal of Contemporary Religion* 20, n.º 1 (2005): 55-69. <https://doi.org/10.1080/1353790052000313918>.
- Barreiro, Xosé Luis. “Cataluña: desde la insatisfacción a la desafección”. En J. M. Rivera Otero, ed. lit., J. Montabes, ed. lit., N. Lagares, ed. lit., y J. M. Rivera, ed., *Cataluña en proceso: las elecciones autonómicas de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Bermeo, Nancy. “A New Look at Federalism: The Import of Institutions”. *Journal of Democracy* 13, n.º 2 (2002): 96-110 .
- Bond, Ross. “Squaring the Circles: Demonstrating and Explaining the Political “Non-Alignment” of Scottish National Identity”. *Scottish Affairs* 32, n.º 1 (2000): 15-35.
- Cameron, David. “The Paradox of Federalism: Some Practical Reflections”. *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2 (2009): 309-319. DOI: 10.1080/13597560902753644.
- Cazorla, Ángel, y José Manuel Rivera. “De la nación primordial a la nación en proceso: la nueva identidad nacional catalana”. En José Manuel Rivera, Juan

- Montabes, y Nieves Lagares, eds., *Cataluña en proceso. Las elecciones autonómicas de 2015*, 249-277. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Cea D'Ancona, M.^a Ángeles. *Análisis multivariable. Teoría y práctica en la investigación social*. Madrid: Síntesis, 2004.
- Chandra, Kanchan, y Wilkinson, Steven. "Measuring the Effect of Identity". *Comparative Political Studies*, 41, n.º 4-5 (2008): 515-563.
- Coakley, John. "Is a middle force emerging in Northern Ireland?". *Irish Political Studies* 36, n.º 1, (2021): 29-51. <https://doi.org/10.1080/07907184.2021.1877892>.
- Coakley, John, John Garry, Neil Matthews, y Brendan O'Leary. "Party images in Northern Ireland: evidence from a new dataset". *Irish Political Studies* 34, n.º 1 (2019): 1-24. DOI: 10.1080/07907184.2018.1499621.
- Colomé, Gabriel. "Consecuencias políticas del voto dual negativo en Cataluña". *Investigación y marketing* 99 (2008): 16-19.
- Cornell, Svante E. "Autonomy as a Source of Conflict: Caucasian Conflict in Theoretical Perspective". *World Politics* 54, n.º 4 (2002): 245-276.
- Costa-Font, Joan, y Ramon Tremosa. "National Identity and the Preference for State Opting-Out in the Basque Country". Documents de Treball de la Facultat de Ciències Econòmiques i Empresariales, Col·lecció d'Economia, 2006.
- Daniels, Lesley-Ann, y Alexander Kuo. "Brexit and Territorial Preferences: Evidence from Scotland and Northern Ireland". *Publius: The Journal of Federalism* 51, n.º 2 (2021): 186-211. <https://doi.org/10.1093/publius/pjab004>.
- De la Calle, Luis. "Cuando la proximidad deja de ser importante: modelos espaciales y voto en la política vasca. 1994-2001". *Revista Española de Ciencia Política* 12 (2005): 21-52.
- Dingley, James. "Religion, truth, national identity and social meaning: The example of Northern Ireland". *National Identities* 11, n.º 4 (2009): 367-83. <https://doi.org/10.1080/14608940903321994>.
- Dochartaigh, Niall Ó. "Beyond the dominant party system: the transformation of party politics in Northern Ireland". *Irish Political Studies* 36, n.º 1 (2021): 7-28. <https://doi.org/10.1080/07907184.2021.1877897>.
- Doherty, Paul, y Michael A. Poole. "Religion as an indicator of ethnicity in Northern Ireland—an alternative perspective". *Irish Geography* 35, n.º 1 (2002): 75-89. DOI: 10.1080/00750770209555795.
- Erk, Jan, y Lawrence Anderson. "The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions?". *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2 (2009): 191-202. DOI: 10.1080/13597560902753388.
- Feijóo Laura, y Adrián García-Alonso. "Análisis crítico de los discursos políticos en la campaña electoral". En J. M. Rivera Otero, ed. lit., J. Montabes, ed. lit., N. Lagares, ed. lit., y J. M. Rivera, ed., *Cataluña en proceso: las elecciones autonómicas de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Fernández-Albertos, José. "Votar en dos dimensiones: el peso del nacionalismo y la ideología en el comportamiento electoral vasco, 1993-2001". *Revista Española de Ciencia Política* 6 (2002): 153-181.

- Flaherty, Eoin, y Martina McAuley. "New dimensions of inequality in Northern Ireland, 1998—2020". *Space and Polity* 27, n.º 1 (2023): 96-115. DOI: 10.1080/13562576.2023.2260155.
- Fullaondo, Arkaitz, y Julen Zabalo. "In Favour of a Basque State. A Paradigm Shift?". *Nations and Nationalism* 28, n.º 3 (2022): 924-940. <https://doi.org/10.1111/nana.12711>.
- Garry, John, Brendan O'Leary, Kevin McNicholl, y James Pow. "The future of Northern Ireland: border anxieties and support for Irish reunification under varieties of UKexit". *Regional Studies* 55, n.º 9 (2021): 1517-1527. <https://doi.org/10.1080/00343404.2020.1759796>.
- Garry, John, y Kevin McNicholl. "Understanding the 'Northern Irish' Identity". *Knowledge Exchange Seminar Series 2014-15*. Queen's University Belfast, 2015.
- Godefroidt, Amelie, Karin Dyrstad, y Kristin Bakke. "The past, Brexit, and the future in Northern Ireland: A quasi-experiment". *Journal of Elections, Public Opinion and Parties* 33, n.º 1 (2023): 149-61. <https://doi.org/10.1080/17457289.2022.2090951>.
- Gurr, Ted. R. *Peoples versus States: Minorities at Risk in the New Century*. Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 2000.
- Hale, Henry. *The Foundations of Ethnic Politics: Separatism of States and Nations in Eurasia and the World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Howe, Paul. "Rationality and Sovereignty Support in Quebec". *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique* 31, n.º 1 (1998): 31-59.
- Ibarra, Pedro. *Nacionalismo. Razón y pasión*. Barcelona: Ariel, 2004.
- Leonisio, Rafael, y Oliver Strijbis. "Izquierda-derecha vs. centro-periferia: una aproximación al discurso de los partidos políticos vascos (1977-2009)". *Revista Española de Ciencia Política* 26 (2011): 63-86.
- . "Más allá de la autoubicación: por qué el nacionalismo predice mejor el comportamiento electoral en el País Vasco". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 146 (2014): 47-68. <http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.146.47>.
- . "La polarización bidimensional". En Francisco José Llera, ed., *Las elecciones autonómicas en el País Vasco, 1980-2012*, 161-174. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2016.
- Lijphart, Arend. *Sistemas electorales y sistemas de partidos: un estudio de veintisiete democracias, 1945-1990*. Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Linz, Juan J. *Conflicto en Euskadi*. Madrid: Espasa-Calpe, 1986.
- Lowe, Robert D., y Orla T. Muldoon. "Shared national identification in Northern Ireland: An application of psychological models of group inclusion post conflict". *Group Processes & Intergroup Relations* 17, n.º 5 (2014): 602—616. <https://doi.org/10.1177/1368430214525808>.
- McNicholl, Kevin. "The Northern Irish identity: attitudes towards moderate political parties and outgroup leaders". *Irish Political Studies* 34, n.º 1 (2018): 25-47. <https://doi.org/10.1080/07907184.2018.1446948>.
- McKeown, Shelley. "Perceptions of a superordinate identity in Northern Ireland". *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology* 20, n.º 4 (2014): 505—515. <https://doi.org/10.1037/pac0000051>.

- Mendelsohn, Matthew. "Rational Choice and Socio-Psychological Explanation for Opinion on Quebec Sovereignty". *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique* 36, n.º 3 (2003): 511-537.
- Miley, Thomas J. "Against the Thesis of the 'Civic Nation': The Case of Catalonia in Contemporary Spain". *Nationalism and Ethnic Politics* 13, n.º 1 (2007): 1-37.
- Mitchell, David. "Non-Nationalist Politics in a Bi-National Consociation: The Case of the Alliance Party of Northern Ireland". *Nationalism and Ethnic Politics* 24, n.º 3 (2018): 336-47. <https://doi.org/10.1080/13537113.2018.1489574>.
- Moreno, Luis. "Local and global: mesogovernments and territorial identities". Serie Documentos de Trabajo, Instituto de Políticas y Bienes Públicos 98-09. CSIC, 1998.
- Moxon-Browne, Edward. "National identity in Northern Ireland". En Peter Stringer, y Gilian Robinson, eds., *Social Attitudes in Northern Ireland*, 23-30. Belfast: Blackstaff Press, 1991.
- Muñoz, Jordi, y Raül Tormos. "El apoyo a la independencia en Cataluña: ¿identidad o cálculos económicos?". *Zoom Político* 19, Fundación Alternativas, 2013.
- Muro, Diego, Guillem Vidal, y Martijn C. Vlaskamp. "Does International Recognition Matter? Support for Unilateral Secession in Catalonia and Scotland". *Nations and Nationalism* 26, n.º 1 (2020): 176-96. <https://doi.org/10.1111/nana.12557>.
- Murua, Imanol. "As British as Finchley? The Evolution of the Positions of the British Government and Irish Republicanism Regarding Sovereignty over Northern Ireland". *Estudios Irlandeses* 14 (2019): 121-134. <https://doi.org/10.24162/EI2019-8834>.
- Nagel, Joane, y Susan Olzak. "Ethnic Mobilization in New and Old States: An Extension of the Competition Model". *Social Problems* 30, n.º 2 (1982): 127-43. <https://doi.org/10.2307/800513>.
- O'Malley, Eoin, y Dawn Walsh. "Religion and democratization in Northern Ireland: is religion actually ethnicity in disguise?". *Democratization* 20, n.º 5 (2013): 939-958. <https://doi.org/10.1080/13510347.2013.801259>.
- O'Leary, B. *A treatise on Northern Ireland, volume III: Consociation and confederation*. Oxford University Press, 2019.
- Phinnemore, David, Katy Hayward, y Lisa Claire Whitten. "Testing the Temperature IV. What do voters in Northern Ireland think about the Protocol on Ireland/Northern Ireland?". Belfast: Queen's University, 2022.
- Pozo, Pilar. "Las repercusiones del Brexit sobre el proceso de paz de Irlanda del Norte: consideraciones provisionales". *Revista Española de Derecho Internacional* 72, n.º 1 (2020): 137-161. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.1.06>.
- Riba, Clara. "Voto dual y abstención diferencial. Estudio sobre el comportamiento electoral en Cataluña". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 91 (2000): 59-88.
- Serrano, Ivan. "Just a Matter of Identity? Support for Independence in Catalonia". *Regional & Federal Studies* 23 (2013): 523-545. <https://doi.org/10.1080/13597566.2013.775945>.
- Snyder, Jack. *From Voting to Violence: Democratization and Nationalist Conflict*. Nueva York: Norton, 2000.

- Sorens, Jason. "The Cross-sectional Determinants of Secessionism in Advanced Democracies". *Comparative Political Studies* 38, n.º 3 (2005): 304-326.
- . "The Partisan Logic of Decentralization in Europe". *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2 (2009): 255-272.
- Tongue, Jon. "Voting into a Void?: The 2022 Northern Ireland Assembly Election". *The Political Quarterly* 93, n.º 3 (2022): 524-529. <https://doi.org/10.1111/1467-923X.13168>.
- Vandenbergh, Maxime. "Power-Sharing and the Paradox of Federalism: Federalization and the Evolution of Ethno-Territorial Conflict in the Case of Belgium (1979—2018)". *Ethnopolitics* 22, n.º 5 (2022): 485-506. DOI: [10.1080/17449057.2022.2045828](https://doi.org/10.1080/17449057.2022.2045828).
- Villaverde, Jaime. "El sistema de partidos norirlandés tras los Acuerdos de Viernes Santo". *Comillas Journal of International Relations* 18 (2020): 145-62. <https://doi.org/10.14422/cir.118.y2020.007>.
- Whiting, Matthew. "Moderation without Change: The Strategic Transformation of Sinn Féin and the IRA in Northern Ireland". *Government and Opposition* 53, n.º 2, (2018): 288-311. <https://doi.org/10.1017/gov.2016.19>.
- Whysall, Alan. "Northern Ireland's Political Future. Challenges after the Assembly Elections: A Discussion Paper". The Constitution Unit. University College London, 2022.

Más allá de la conciliación: un análisis estructural de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los conflictos Cataluña-Estado no resueltos por el art. 33.2 LOTC

Gonzalo G. Carranza

Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Beyond Conciliation: A Structural Analysis of the Constitutional Court's Jurisprudence on Catalonia-Central Government Conflicts Unresolved by Art. 33.2 LOTC

ABSTRACT This article examines the jurisdictional conflicts between Spain's central government and Catalonia which remained unresolved through the conciliation procedure outlined in Article 33.2 of the Organic Law of the Constitutional Court (LOTC in Spanish). Specifically, it identifies and examines, through a series of quantitative variables, the constitutional appeals lodged before the Constitutional Court. Additionally, it delineates the content of the Court's decisions to identify trends and correlations between the pre-jurisdictional and jurisdictional procedures. Finally, it provides a comprehensive study of the effectiveness of the pre-jurisdictional process based on a set of data and graphs enabling visual identification of the evolution of those conflicts against which the procedure outlined in Article 33.2 LOTC proved ineffective.

KEYWORDS cooperation relations; bilateral commissions; alternative conflict resolution; Art. 33.2 of the Organic Law of the Constitutional Court (LOTC in Spanish); constitutional appeal; bilateral relations; Catalonia-central government relationship.

Artículo recibido el 10/11/2023; aceptado el 23/2/2024.

Este trabajo constituye el resultado principal del Proyecto "Beyond conciliation: a structural analysis of the Constitutional Court's jurisprudence on Catalonia-State conflicts not resolved by art 33.2 LOTC" (PRE150/22/000003) del *Institut d'Estudis de l'Autogovern* de la *Generalitat de Catalunya* (Modalidad 3 de la Convocatoria del año 2022 de becas y ayudas a proyectos de investigación en el ámbito de la organización territorial del poder).

RESUMEN Este artículo analiza los conflictos competenciales suscitados entre el Estado y Cataluña no resueltos mediante el procedimiento conciliatorio del art. 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En particular, identifica y examina, a partir de una serie de variables cuantitativas, los recursos de inconstitucionalidad finalmente interpuestos ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, da cuenta del contenido de las decisiones del Tribunal, con el objetivo de identificar tendencias y correlaciones entre el procedimiento prejurisdiccional y el jurisdiccional. Ofrece, además, un estudio general de la efectividad del proceso prejurisdiccional basado en una serie de datos y gráficas que permiten identificar visualmente la evolución de aquellos conflictos frente a los cuales el procedimiento del art. 33.2 LOTC devino ineficaz.

PALABRAS CLAVE relaciones de cooperación; comisiones bilaterales; resolución alternativa del conflicto; art. 33.2 LOTC; recurso de inconstitucionalidad; relaciones bilaterales; relación Cataluña-Estado.

Introducción

La conflictividad territorial en el Estado autonómico constituye prácticamente una característica inherente al sistema. La defensa jurisdiccional del propio ámbito competencial, antes que la solución extraprocesal del conflicto, ha sido una de las respuestas más típicas que se han dado por parte del Estado y las comunidades autónomas (CC. AA.).

A comienzos de este siglo se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) con el objetivo de que los entes territoriales encontraran una solución al desacuerdo competencial dentro de un nuevo plazo extendido de interposición del recurso. Así, cuando uno de los dos Gobiernos invitara al otro a dialogar —y dicha invitación fuera aceptada—, el plazo inicial de tres meses para registrar la demanda ante el Tribunal Constitucional (TC) se ampliaría a nueve.

Varias publicaciones han estudiado ya el relativo éxito del procedimiento del art. 33.2 LOTC en su fase prejurisdiccional. En este artículo se propone innovar analizando aquellos casos en los que la conciliación devino infructuosa y se terminó interponiendo el recurso de inconstitucionalidad. De esta manera, tras estudiar algunos aspectos relevantes del art. 33.2 LOTC, se propone analizar qué ocurrió en aquellos procesos que efectivamente se llevaron ante el TC.

El foco de atención será, cabe aclarar, la relación entre el Estado y la comunidad autónoma de Cataluña. Dos razones justifican esta elección: que la población resulta más acotada y manejable, lo que permite extraer conclusiones más objetivas; y que los casos que se analizarán se reputan útiles para demostrar la estrategia de defensa del ámbito competencial propio, dado el encorsetamiento perseguido con la reforma del *Estatut*.

La construcción del *corpus* y la delimitación de la muestra se realizó a partir de información oficial facilitada por el Ministerio competente en política territorial, mediante distintos procedimientos de acceso a la información pública (resueltos en noviembre de 2021; febrero y octubre de 2023; y febrero de 2024), los informes que dicho Ministerio publica habitualmente en su web, y la base de datos de Sentencias del Tribunal Constitucional. A partir de dicha información se creó una Tabla en la que se volcaron datos generales del procedimiento del art. 33.2 LOTC, así como del proceso llevado a cabo ante el TC. Además de datos generales del caso (legislatura, promotor, invitado, norma y tipo de norma impugnada, etc.), se analizaron los actores políticos que intervinieron en el proceso, los títulos competenciales aludidos, las alegaciones y las discusiones en torno al procedimiento conciliatorio, y, por último, la decisión adoptada por el Tribunal.

El objetivo de este artículo es determinar cuáles son las tendencias, en términos abstractos, de la actividad llevada a cabo por el TC en los casos de conciliación infructuosa. Además, persigue poner en evidencia la importancia que tiene el procedimiento prejurisdiccional para las partes y para el propio TC.

1. El procedimiento del art. 33.2 LOTC

1.1. Un breve repaso sobre la esencia del procedimiento conciliatorio

Con el objetivo de favorecer la cooperación en el Estado autonómico y disminuir la tasa de conflictividad entre el Estado y las comunidades autónomas, a comienzos de este siglo se modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para introducir un mecanismo de resolución extraprocesal de conflic-

tos territoriales. En particular, se agregaron dos nuevos apartados al art. 33, precepto que regula el recurso de inconstitucionalidad.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, luego de que se resaltara la “pacífica” jurisprudencia del TC respecto del deber general de cooperación,¹ se señaló que dicha modificación perseguía ampliar el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la Comisión Bilateral Comunidad Autónoma-Estado se reuniera para intentar conciliar posiciones.

Por un lado, el nuevo apartado 2 del art. 33 LOTC introdujo una excepción a la regla general de tres meses de plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad dispuesto en el apartado 1. Cabe destacar que su ampliación por otros seis meses quedó reservada tan solo al presidente del Gobierno o a los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas, siempre que se cumplan tres condiciones: que, a instancia del Estado o de la comunidad autónoma, se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación; que se adopte el acuerdo sobre iniciación de negociaciones, pudiendo instarse, en su caso, la modificación del texto normativo —y en el que se podrá hacer o no alusión a la suspensión de la norma, de presentarse el recurso—, y que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional, dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, la disposición o el acto con fuerza de Ley, y sea publicado en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la comunidad autónoma.

Por otro lado, para saciar cualquier resquicio de duda, el nuevo apartado 3 aclaró que tal excepción a la regla general de que el plazo de interposición sea de tres meses solo atañía al presidente del Gobierno y a los órganos ejecutivos de las comunidades autónomas: no afectaría a los cincuenta diputados, a los cincuenta senadores, al Defensor del Pueblo, ni a las Asambleas de las comunidades autónomas, que son, como se sabe, los demás sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad (art. 32 LOTC).

1. En un reciente estudio se ha señalado que la jurisprudencia del Tribunal sobre la materia, antes que pacífica, es compleja y, si se quiere, enrevesada. Nótese, por ejemplo, lo complicado que resulta diferenciar la cooperación de la colaboración o, incluso, de otras técnicas colaborativas a partir de la doctrina del TC. Para más detalle, *vid.* Carranza, *La lealtad federal en el sistema autonómico español*, 173-182 y 185-191.

La reforma pretendió no solo hacer posible una negociación bilateral, sino favorecerla o propiciarla, procurando, en definitiva, limitar el conflicto.² De esta forma, se terminó optando por una vía política de escape que acercara a las partes, disminuyendo el trabajo del Tribunal como mediador jurisdiccional. Sin embargo, este benévolo propósito dividió a la doctrina. Se dijo, por ejemplo, que supone un grave riesgo “someter las normas constitucionales sobre competencias al acuerdo de las partes interesadas, al margen de la garantía que representa su definición por el Tribunal Constitucional”.³ No obstante, se resaltaron también algunas de sus virtudes: “se trata de una medida encaminada a disminuir la conflictividad” que tiende a “buscar la autocomposición con distintos mecanismos”.⁴

A fin de cuentas, lo que se esperaba es que, a instancia de la Comisión Bilateral, se lograse una negociación que culminase con un acuerdo resolutorio de las discrepancias. Dicho acuerdo se viabilizaría, normalmente, de dos maneras: bien con la propuesta de llevar adelante un nuevo texto normativo con modificaciones señaladas por ambas partes —o las variantes que luego se analizarán—; bien con el desenlace propio de lo que se trata de evitar, la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Cabe resaltar que este acuerdo supone tan solo un compromiso político asumido por las partes.⁵ Dicho compromiso ha sido criticado por un sector de la doctrina, que ha sostenido que supondría una asunción de competencias legislativas por parte de la Comisión.⁶ Con todo, resulta necesario recordar que otro sector ha sostenido que la efectividad del acuerdo implicaría la activación de mecanismos de producción legislativa, por lo que, en definitiva, no habría afectación alguna de la separación de poderes.⁷

2. Jiménez Campo, “Política de la constitucionalidad”, 23.

3. Gabaldón, “Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, 48.

4. García Roca, “Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, 48.

5. Arbós Marín, “Acuerdos prejudiciales y conflictos intergubernamentales sobre normas con rango de ley”, 135.

6. Latorre Vila, “¿Competencia legislativa de las Comisiones bilaterales de cooperación?”, 93.

7. González Beilfuss, “La resolución extrajudicial de las discrepancias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, 33.

Como se advierte, en este procedimiento cobra notable protagonismo la Comisión Bilateral Comunidad Autónoma-Estado. En el seno de esta Comisión se discuten muchos temas más que la conciliación por problemas normativos; de ahí que, en algún caso, como ocurre en Cataluña, existan “Subcomisiones” o “Grupos de Trabajo”.⁸ Así, las tareas de deliberación y decisión en torno a la conciliación recaen en esta comunidad, por ejemplo, en la llamada “Comisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos”,⁹ lo que “permite una tramitación operativa de los procedimientos del artículo 33.2 LOTC más flexible que la que resultaría de la aplicación estricta del régimen de funcionamiento de las sesiones plenarias de la Comisión Bilateral”.¹⁰

Las Comisiones Bilaterales tienen la particularidad de contar con una representación equilibrada de ambas Administraciones. Esto ha motivado su consideración de “órganos flotantes”,¹¹ ya que ninguno de los entes que componen el órgano puede controlarlo —ni en su conjunto ni en su globalidad—, o, al menos, así debería ocurrir. A nivel general, las Comisiones han sido objeto de estudio por varios/as autores/as.¹² En relación con la Comisión Bilateral Cataluña-Estado, contamos también con análisis de su funcionamiento en general, así como de su actuación en relación con el art. 33.2 LOTC.¹³

8. *Vid.* “Comisión Bilateral Generalitat-Estado” (<https://bit.ly/3rLLIKn>), fecha de consulta: 09/10/2023. También, “Cataluña” (<https://bit.ly/46DT4yg>), fecha de consulta: 09/10/2023.

9. La web de la Generalitat ofrece algunos datos relevantes sobre la Subcomisión, entre ellos su formación y una relación actualizada de acuerdos adoptados: <http://bit.ly/3F7nvRA>, fecha de consulta: 09/10/2023.

10. Digón Martín et al., “Dues dècades de negociacions a la Comissió bilateral Generalitat-Estat per resoldre controvèrsies competencials per la via de l’article 33.2 de la LOTC”, 140.

11. Albertí Rovira, “Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, 162.

12. Entre otros, Ridaura Martínez, “Las comisiones bilaterales de cooperación en el sistema autonómico español” y “Comisiones Bilaterales de Cooperación y Nuevos Estatutos de autonomía”; García Morales, “Los instrumentos de las relaciones intergubernamentales”; o Ruiz González, “La cooperación intergubernamental en el Estado autonómico”.

13. Así, a nivel general, Pérez Velasco, “Comentari de la Sentència del Tribunal Constitucional que resol el recurs d’inconstitucionalitat presentat pel PP contra l’Estatut d’autonomia de Catalunya”, o París Domènech, “Les relacions institucionals de la Generalitat en la Sentència sobre l’Estatut d’autonomia de Catalunya”. A nivel particular —o, si se quiere, con mayor detenimiento en la dinámica de la Comisión—, Casas i Rondoní, “La Comissió Bilateral Generalitat-Estat”; o, recientemente, Digón Martín et al., “Dues dècades de negociacions a

1.2. Sobre la efectividad general del art. 33.2 LOTC

Roig Molés señaló algunos años atrás ciertas tendencias en relación con el procedimiento conciliatorio: la propensión a su uso, lo que confirma el interés por parte de los Gobiernos central y autonómicos; el incremento del número de leyes estatales objeto de procedimiento, constantemente en alza; que en alguna ocasión se llevaron a cabo procedimientos simultáneos en distintas Comisiones Bilaterales respecto de una misma norma estatal, y, finalmente, la convivencia de la opción por el uso del procedimiento del art. 33.2 LOTC con la interposición directa del recurso de inconstitucionalidad, es decir, sin previo sometimiento a negociación entre Ejecutivos. Esto último resulta obvio dada la naturaleza cooperativa del procedimiento: depende de la voluntad de las partes acudir a él, tanto como no hacerlo.

Estas tendencias, sin embargo, deben ser valoradas junto con las tasas de efectividad del procedimiento, es decir, el número de acuerdos alcanzados. Al respecto, Roig apuntaba que tal tasa llegaba, en 2016, al 65 %. Para este autor, dicha cifra daba cuenta del considerable éxito del procedimiento, al haber evitado la interposición de numerosos recursos.¹⁴ Tras analizar las cifras actuales, coincido parcialmente con Roig, en vista de que el éxito sí que ha sido rotundo para el Estado, pero no creo que pueda decirse lo mismo respecto de los procedimientos conciliatorios impulsados por las CC. AA., sobre todo a la luz de la información aportada por el Ministerio de Política Territorial.¹⁵

la Comissió bilateral Generalitat-Estat per resoldre controvèrsies competencials per la via de l'article 33.2 de la LOTC”.

14. Roig Molés, “Contenido y eficacia de los acuerdos de las Comisiones Bilaterales en el procedimiento del artículo 33.2 LOTC”, 43-46.

15. Como se señalaba en la introducción, para esta investigación se utilizaron datos aportados por el Ministerio competente en materia territorial, fruto de resoluciones favorables de procedimientos de acceso a la información pública:

1) Resolución, de 4 de noviembre de 2021, del director general de Régimen Jurídico Autonómico y Local (Secretaría General de Coordinación Territorial, Secretaría de Estado de Política Territorial, Ministerio de Política Territorial y Función Pública). Expediente 001-61196;

2) Resolución, de 28 de febrero de 2023, del director general de Régimen Jurídico Autonómico y Local (Secretaría General de Coordinación Territorial, Secretaría de Estado de Política Territorial, Ministerio de Política Territorial). Expediente 001-76342;

3) Resolución, de 9 de octubre de 2023, del director general de Régimen Jurídico Autonómico y Local (Secretaría General de Coordinación Territorial, Secretaría de Estado de Política Territorial, Ministerio de Política Territorial). Expediente 001-82537, y

El Gobierno del Estado había iniciado, a octubre de 2023, un total de 650 procedimientos del art. 33.2 LOTC. De dicha cifra, 437 casos se resolvieron con acuerdo total (67,23 %); 29 con acuerdo parcial con recurso (acuerdo sobre una parte, recurso de inconstitucionalidad sobre otra, 4,46 %); 8 con acuerdo parcial sin recurso (acuerdo solo sobre una parte, sin que el resto deviniese en recurso de inconstitucionalidad, 1,23 %); 95 devinieron finalmente en recurso (14,62 %); 57 finalizaron sin solución alguna, esto es, sin acuerdo ni recurso (8,77 %); y quedaban, a octubre de 2023, 24 asuntos pendientes por resolver (3,69 %).

Por su parte, las 17 comunidades autónomas habían iniciado, también a octubre de 2023, 160 procedimientos del art. 33.2 LOTC. De dicha cifra, 51 asuntos se resolvieron con acuerdo total (31,87 %); 11 con acuerdo parcial con recurso (acuerdo sobre una parte, recurso de inconstitucionalidad sobre otra, 6,88 %); 2 con acuerdo parcial sin recurso (acuerdo solo sobre una parte, sin que el resto deviniese en recurso de inconstitucionalidad, 1,25 %); 61 devinieron finalmente en recurso (38,13 %); 30 finalizaron sin solución alguna, esto es, sin acuerdo ni recurso (18,75 %), y quedaban, a octubre de 2023, 5 asuntos pendientes por resolver (3,12 %). Estos datos se resumen en la siguiente tabla:

Tabla 1. Situación de los procedimientos 33.2 (octubre de 2023)

Situación	Procedimientos planteados por la Administración General del Estado (AGE)	Procedimientos planteados por las CC. AA.	Total
Acuerdo total	437	51	488
Acuerdo parcial (con recurso)	29	11	40
Acuerdo parcial (sin recurso)	8	2	10
Recurso (sin acuerdo)	95	61	156
Sin acuerdo/sin recurso	57	30	87
Pendiente	24	5	29
Total	650	160	810

Fuente: Ministerio de Política Territorial.

Como se aprecia, cuando el impulso del procedimiento conciliatorio provino del Estado, 6,8/10 asuntos devinieron finalmente en acuerdo (total o parcial

4) Resolución, de 9 de febrero de 2024, del director general de Régimen Jurídico Autonómico y Local (Secretaría de Estado de Política Territorial, Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática). Expediente 001-86334.

sin recurso), evitando, así, la conflictividad ante el TC. La cifra se reduce a poco menos de la mitad (3,3/10), cuando la carta de invitación provino de una comunidad autónoma. Estos datos hay que ponerlos en relación con la interposición, pese al procedimiento conciliatorio, del recurso de inconstitucionalidad (con acuerdo parcial o interposición sin acuerdo): 1,9/10 asuntos iniciados por el Estado devinieron finalmente en recurso, frente a más del doble de recursos finalmente interpuestos (4,5/10), cuando el procedimiento fue iniciado por las CC. AA.

Limitando el análisis a la relación bilateral Cataluña-Estado, de acuerdo con la información facilitada en febrero de 2023,¹⁶ en más de dos décadas se activaron, en total, 125 procedimientos del art. 33.2 LOTC. De estos, 82 fueron iniciados por el Estado (65,6 %) y 43 por la comunidad autónoma (34,4 %). Del total de procedimientos reseñados, 46 (36,8 %) devinieron finalmente en recurso de inconstitucionalidad. Cabe destacar, asimismo, que 32 de estos 46 procedimientos (69,5 %) fueron iniciados por carta de invitación estatal, frente a 14 (30,5 %) de invitación catalana. Estos datos son simplemente un adelanto de lo que se verá con mayor detenimiento en los próximos epígrafes.

1.3. *Excursus*. El art. 33.2 LOTC: entre el conflicto y la voluntad conciliadora

Previo al estudio del objeto principal de este trabajo, resulta de interés ver cómo ha sido el uso del procedimiento por parte del Estado y de las 17 comunidades autónomas y adelantar algunas inferencias posibles de la relación Estado-Cataluña.

Tabla 2. Procedimientos del art. 33.2 LOTC de impulso estatal o autonómico (octubre 2023)

Comunidad autónoma	Total legislaturas		
	Planteados por la AGE	Planteados por las CC. AA.	Total
Andalucía	41	12	53
Aragón	44	5	49
Asturias, Principado de	12	0	12
Baleares, Illes	67	3	70
Canarias	38	37	75

16. Expediente 001-76342.

Comunidad autónoma	Total legislaturas		
	Planteados por la AGE	Planteados por las CC. AA.	Total
Cantabria	25	1	26
Castilla y León	22	1	23
Castilla-La Mancha	28	1	29
Cataluña	83	45	128
Comunitat Valenciana	64	0	64
Extremadura	47	7	54
Galicia	43	21	64
Madrid, Comunidad de	19	2	21
Murcia, Región de	29	0	29
Navarra, Comunidad Foral	44	0	44
País Vasco	31	25	56
Rioja, La	13	0	13
Total	650	160	810

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Política Territorial (MPT).

Como se aprecia, el número de asuntos sometidos al art. 33.2 LOTC ha sido, sin lugar a duda, mayor en Cataluña (128) que en las demás comunidades autónomas. De hecho, el total de asuntos catalanes sujetos a conciliación queda bien lejos de la comunidad que le sigue (Canarias, 75).

Teniendo en cuenta los máximos, las comunidades autónomas se podrían dividir en cinco categorías que resumen la intensidad de la relación conflictividad-voluntad conciliadora: muy alta (+100 casos); alta (50-100 casos); media (25-49 casos), y baja (0-24 casos). Así, las categorías —que en modo alguno resultan estáticas, sino que son una foto de la realidad al momento de cerrarse este artículo—, quedarían integradas por:

- Conflictividad-voluntad conciliadora muy alta: Cataluña (128).
- Conflictividad-voluntad conciliadora alta: Canarias (75); Illes Balears (70); Comunitat Valenciana (64); Galicia (64); País Vasco (56); Extremadura (54), y Andalucía (53).
- Conflictividad-voluntad conciliadora media: Aragón (49); Comunidad Foral de Navarra (44); Castilla-La Mancha (29); Región de Murcia (29), y Cantabria (26).
- Conflictividad-voluntad conciliadora baja: Castilla y León (23); Comunidad de Madrid (21); La Rioja (13), y Principado de Asturias (12).

De esta categorización, que refleja el orden decreciente de conflictos-voluntad de conciliación, surgen datos que llaman la atención. Canarias es la segunda comunidad autónoma con más casos del art. 33.2 LOTC, algo significativo por la idea generalizada de que las comunidades “nacionalistas” son más conflictivas que las demás, dada su constante reivindicación competencial. No obstante, estas comunidades se ubican recién en el cuarto y quinto puesto (Galicia, 64, y País Vasco, 56, compartiendo posición con Extremadura).

Resulta un tanto curiosa la cifra de la comunidad autónoma de Madrid, bastante reivindicativa frente al Estado, sobre todo en las últimas legislaturas, por la influencia del sistema de partidos: 21 casos, solo 2 planteados por la propia comunidad frente a 19 del Estado, y decimotercera posición. Se me antoja que esto se puede deber al tipo de política llevada a cabo desde Madrid, con un Gobierno enfocado en la confrontación nacional —como caja de resonancia del partido que la gobierna—, más que en la defensa del propio plano competencial.

Un asunto que no ha de pasarse por alto, sobre todo en el caso catalán al que ya nos aproximamos, es el número de recursos de inconstitucionalidad interpuestos directamente, esto es, soslayando deliberadamente el procedimiento conciliatorio. De acuerdo con información oficial facilitada en febrero de 2024,¹⁷ se extraen estos datos:

Tabla 3. Recursos de inconstitucionalidad interpuestos directamente, sin procedimiento del art. 33.2 LOTC, por legislatura

Legislatura	Estado vs. Cataluña	Cataluña vs. Estado
VII	7	18
VIII	0	14
IX	0	0
X	7	26
XI	0	2
XII	15	2
XIII	0	0
XIV	0	2
XV	0	1
Total	29	65

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

17. Expediente 001-86334.

Tabla 4. Cifras totales de procedimientos del art. 33.2 LOTC y recursos de inconstitucionalidad directamente interpuestos

Relación	Procedimientos art. 33.2 LOTC	Recursos directos (sin art. 33.2 LOTC)	Total
Estado → Cataluña	83	29	112
Cataluña → Estado	45	65	110
Total	128	94	222

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

A partir de estas tablas, surgen algunas conclusiones interesantes. En términos absolutos, hay una práctica paridad de casos totales entre el Estado y la comunidad autónoma de Cataluña (procedimientos del art. 33.2 LOTC y recursos de inconstitucionalidad directamente interpuestos). En términos relativos, sin embargo, se aprecia una mayor propensión estatal a iniciar procedimientos conciliatorios antes que la interposición directa. Así, en el 74,1 % de los casos de conflictividad Estado-Cataluña se inició procedimiento del art. 33.2 LOTC, frente a un 25,9 % de casos en los que el recurso se interpuso de forma directa. A nivel autonómico, sin embargo, la relación es inversa: se aprecia mayor propensión a interponer directamente recursos de inconstitucionalidad (59,1 %), antes que someter el conflicto a procedimiento del art. 33.2 LOTC (40,9 %).

Del total de casos, cuando se compara el uso de la conciliación frente a la interposición directa, se extrae un dato que confirma el éxito del art. 33.2 LOTC —al menos en esta relación en particular—: en el 57,66 % de los casos (128/222) se acudió a la apertura de la negociación extraprocésal, frente a un 42,34 % (94/122) en los que optó por la interposición directa.

2. Dinámicas preventivas

Las Comisiones Bilaterales se pueden activar previamente a la interposición del recurso. Un sector de la doctrina ha considerado que en estos órganos de cooperación subyace una función preventiva. Así, Casas i Rondoní señaló, hace más de una década, que:

[e]n lo que atañe a las actuaciones de la Comisión Bilateral en materia de seguimiento normativo, prevención y solución de conflictos, una de las actividades con las que se evita la conflictividad es el intercambio de proyectos

normativos, a través de la cual cada delegación puede identificar los posibles vicios de inconstitucionalidad en los que incurran los proyectos de la otra por vulneración del sistema de distribución de competencias.¹⁸

La autora entendía que, “dado que se trata de textos pendientes de aprobación definitiva, es posible la remisión recíproca de cartas de cooperación en las que se expongan los problemas advertidos, a fin de que la parte competente para aprobarlos pueda valorar su enmienda”.¹⁹ Lo que explicaba, básicamente, es que las Comisiones constituirían una suerte de canal de comunicación preventivo en la fase de tramitación parlamentaria para corregir, sin necesidad de acudir al procedimiento del art. 33.2 LOTC, aquellos problemas competenciales que pudieran incidir en un ámbito de facultades ajeno. Se trataría, en definitiva, de una actuación cooperativa voluntaria y preventiva que —no me cabe duda— puede resultar de utilidad allí cuando la norma sea una Ley estatal o autonómica. Sin embargo, esta función preventiva no tendría lugar en el caso de Decretos Leyes, dado el poco margen de actuación que existe por su presupuesto de hecho habilitante: la extraordinaria y urgente necesidad. Resulta un tanto complicado pensar que los Gobiernos disponen de vasos comunicantes efectivos para tratar de solventar problemas competenciales en los pocos días —o, incluso, pocas horas— que normalmente disponen para aprobar, en Consejo de Ministros o de Gobierno, la norma excepcional, que no de excepción.

Lo apuntado constituiría una primera forma de actuación preventiva por parte de las Comisiones Bilaterales, poco conocida o explorada por la doctrina. Sin embargo, además de aquella actuación preventiva, las Comisiones disponen de una función negociadora que se ejerce con motivo del envío, de un Gobierno a otro, de las llamadas “cartas de invitación”. Esta negociación pretende, primero, que las partes se sienten a negociar una forma alternativa para resolver el conflicto competencial; no obstante, si la negociación deviniera infructuosa —o parcialmente infructuosa—, quedaría siempre abierta la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad, ya que el hecho de que se inicie un procedimiento del art. 33.2 LOTC no implica en modo alguno que el desenlace, si no se acuerda, deba ser necesariamente acudir ante el Tribunal Constitucional. Es lo más probable, sí; la única alternativa, no.

18. Casas i Rondoní, “La Comissió Bilateral Generalitat-Estat: regulació i activitat pràctica”, 14.

19. *Ibid.*

No ha de olvidarse que la carta de invitación no supone el acuerdo para evitar la interposición del recurso: simplemente activa el procedimiento. Se trata de una verdadera convocatoria a conciliar —de ahí su denominación, “invitación”—, sujeta a dos discusiones: la primera, si se someten o no a conciliación; la segunda, sujeta a la primera, en la que se acuerda cómo se solucionará el conflicto desde el punto de vista normativo. El catedrático De la Quadra Salcedo-Janini lo explica de esta forma:

Se establecen, así, dos momentos de acuerdo: el acuerdo de inicio permite extender el plazo de impugnación en seis meses; el acuerdo final, que de alcanzarse podrá contener obligaciones interpretativas de la norma, obligaciones modificativas de esta u obligaciones de desarrollo reglamentario de la misma en un determinado sentido; debiendo alcanzarse tal acuerdo antes de los nueve meses desde la publicación de la disposición objeto de recurso, que es el nuevo plazo de interposición derivado de la aplicación del procedimiento.²⁰

Ambos acuerdos, recuerda Montilla Martos, orbitan en el ámbito de la voluntariedad y la búsqueda de conciliación. Sin embargo, nada “obsta que, en cualquier momento incluso vigente el acuerdo y abiertas las negociaciones, cualquiera de las partes plantee el recurso, antes del transcurso de los nueve meses, si considera la imposibilidad de una solución consensuada”.²¹

Volviendo al acuerdo final, conciliatorio, generalmente supone una serie de compromisos de modificaciones normativas. Tales compromisos, señala De la Quadra-Salcedo Janini, “normalmente son cumplidos una vez superado el plazo de nueve meses”, lo que a la postre “implica convertir los acuerdos de modificación alcanzados en una suerte de pacto entre caballeros, pues en caso de incumplimiento ya no existe la posibilidad de impugnar la norma finalmente no modificada”.²² En otras palabras, que el reloj cuente hacia atrás tiene sus efectos: por seguridad jurídica no podemos sujetar la norma a una dilación de arreglo extra jurisdiccional *sine die*.

20. De la Quadra-Salcedo Janini, “Un balance sobre la conflictividad y la cooperación en la resolución de las controversias competenciales”, 170.

21. Montilla Martos, “La solución política a las controversias competenciales”, 127.

22. De la Quadra-Salcedo Janini, “Un balance sobre la conflictividad y la cooperación en la resolución de las controversias competenciales”, 170-171.

Si hay acuerdo, ese pacto de caballeros —que De la Quadra-Salcedo Janini funda en la *lealtad institucional*, aunque lo correcto, entiendo, sería hablar de *lealtad autonómica*— no supone que la norma con rango de Ley haya de ser finalmente corregida tal como convinieron los Gobiernos. La obligación de lealtad supone que el Gobierno estatal o el de la comunidad autónoma inste, mediante Proyecto, la reforma legal necesaria. Los contornos del comportamiento leal llegan tan solo hasta ahí, ya que puede tranquilamente ocurrir que no se consigan los votos necesarios para introducir las modificaciones acordadas, máxime en tiempos como los que corren, de parlamentarismo sumamente fragmentado.²³ En definitiva, una modificación parlamentaria no exitosa no supondría deslealtad: los Gobiernos deben limitarse a presentar los proyectos y comportarse de acuerdo con el cambio que defienden, llevando al debate parlamentario la conciliación a la que arribaron. Además, para ser verdaderamente leales, los Gobiernos estatal o autonómico deberían poner todo su empeño en que su mayoría parlamentaria defienda el acuerdo adoptado en la Comisión Bilateral. Se trataría, al fin y al cabo, de una obligación de lealtad de medio, no de resultado.

Distinto sería el caso de que el compromiso al que se llegue sea de otro tipo, por ejemplo, de desarrollo reglamentario. Aquí, a diferencia del supuesto anterior, sí que nos enfrentamos a una obligación de resultado, pues si no se cumple lo convenido, la falta de lealtad será evidente.

23. Un ejemplo práctico del asunto es la STC 79/2019, de 5 de junio. Si bien la demandada no era Cataluña, sino Castilla-La Mancha, los hechos del caso resultan ilustrativos para apreciar cómo los actores que intervienen en el procedimiento legislativo pueden finalmente modificar la acción llevada a cabo para dar cumplimiento al acuerdo. En este caso, el Gobierno manchego había llevado a las Cortes de Castilla-La Mancha un texto acordado en Comisión Bilateral en relación con la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha. El Parlamento, sin embargo, enmendó el texto gubernamental y reiteró la redacción del precepto tal y como estaba, lo que permitió al Gobierno de la Nación abrir un segundo procedimiento del artículo 33.2 LOTC, del que derivó el recurso que finalmente se llevó ante el TC (Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/2018, de 15 de marzo, por la que se modifican la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha y otras normas en materia medioambiental y fiscal).

2.1. La efectiva prevención del conflicto: recursos evitados en el caso catalán

Se ha visto que, a nivel general, 1,9/10 procedimientos iniciados por el Estado entre 2000 y 2023 devinieron finalmente en recurso y que 4,5/10 lo hicieron cuando el procedimiento fue impulsado por una comunidad autónoma. De invertirse las cifras, la tasa de efectividad del art. 33.2 LOTC llegaría a 8,1/10 procedimientos iniciados por el Estado y a 5,5/10 procedimientos iniciados por las CC. AA.

Dada la relevancia del vínculo bilateral entre Cataluña y España —habida cuenta de los problemas de encaje constitucional conocidos y por ser el objeto de este trabajo—, resulta necesario detenernos un momento en las cifras de efectividad. El recorte temporal al que se acude es desde el 30 de enero de 2000 —esto es, 20 días tras la fecha en la que se publicó en el BOE la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero—²⁴ al 2 de febrero de 2023, fecha en la que se resolvió la solicitud de acceso a la información pública de la que provienen estos datos.²⁵ Este periodo comprende, en definitiva, desde la VII hasta la XIV Legislatura.²⁶

Tabla 5. Efectividad del procedimiento promovido por el Estado

Legislatura	Promotor	Invitado	Procedimientos iniciados	Sin recurso	Tasa de efectividad
VII	Estado	Cataluña	1	0	100 %
VIII	Estado	Cataluña	5	4	80 %
IX	Estado	Cataluña	18	15	83,33 %
X	Estado	Cataluña	29	11	37,93 %
XI	Estado	Cataluña	1	1	0 %
XII	Estado	Cataluña	5	2	40 %
XIII	Estado	Cataluña	1	0	100 %
XIV	Estado	Cataluña	22	16	72,72 %
Total			82	49	59,75 %

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

24. La norma se publicó en el BOE n.º 8, de 10 de enero de 2000.

25. Expediente 001-76342.

26. Aunque de esta última solo comprende hasta la fecha señalada, 28 de febrero de 2023, es decir, seis meses antes de que comience la XV Legislatura (17 de agosto de 2023).

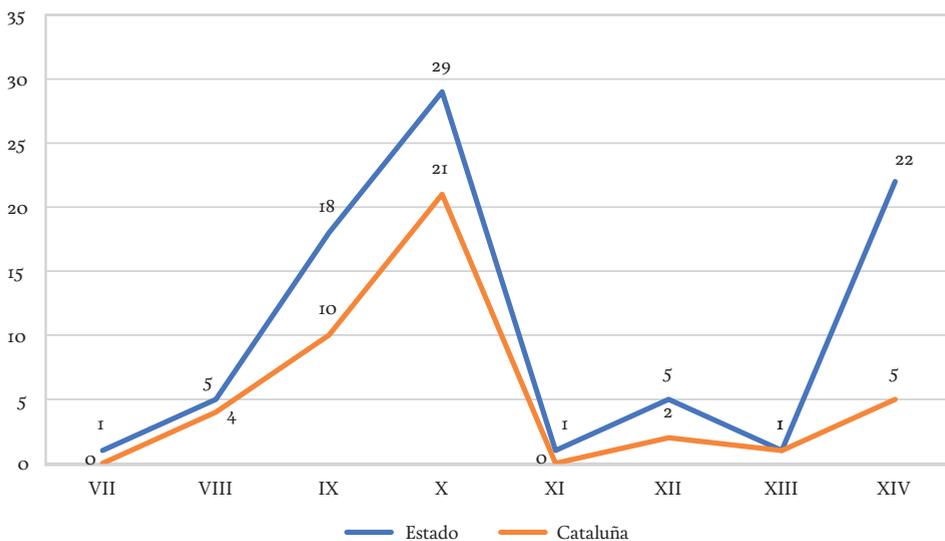
Tabla 6. Efectividad del procedimiento promovido por Cataluña

Legislatura	Promotor	Invitado	Procedimientos iniciados	Sin recurso	Tasa de efectividad
VII	Cataluña	Estado	0	0	-
VIII	Cataluña	Estado	4	4	100 %
IX	Cataluña	Estado	10	5	50 %
X	Cataluña	Estado	21	13	61,90 %
XI	Cataluña	Estado	0	0	-
XII	Cataluña	Estado	2	2	100 %
XIII	Cataluña	Estado	1	1	0 %
XIV	Cataluña	Estado	5	4	80 %
Total			43	29	67,44 %

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

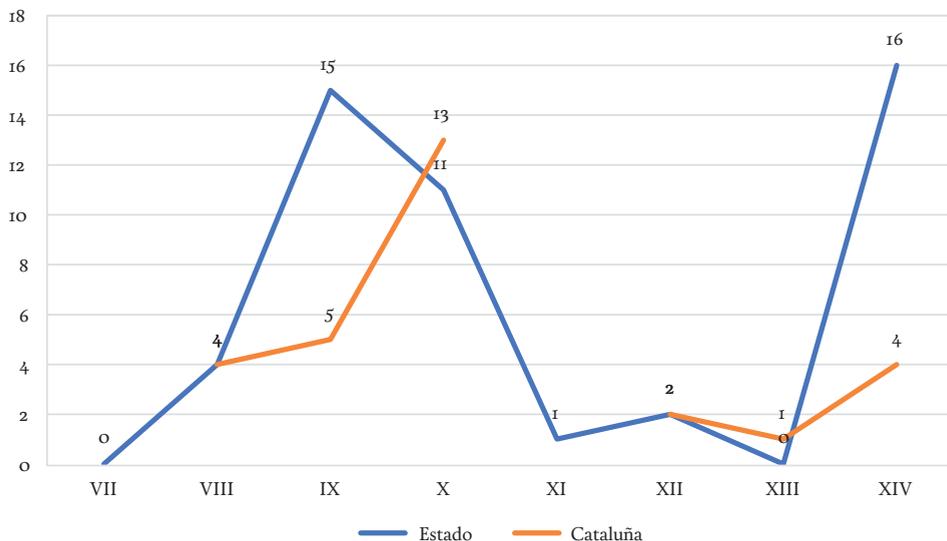
Las tablas, expresadas en gráficos, pueden leerse como sigue.

Gráfico 1. Procedimientos iniciados por el Estado o Cataluña (VII-XIV Legislatura)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

Gráfico 2. Recursos de inconstitucionalidad Estado-Cataluña efectivamente evitados (VII-XIV Legislatura)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

De las tablas y los gráficos propuestos se extraen algunas conclusiones. La primera, que resulta indiscutible la efectividad del procedimiento conciliador: se han evitado prácticamente 5,9/10 recursos cuando el promotor fue el Gobierno estatal y 6,7/10 cuando fue el *Govern*.

La segunda, derivada de la anterior, que la efectividad ha sido apenas mayor cuando la conciliación fue convocada por la comunidad autónoma: la diferencia porcentual es de un 7,69 %.

La tercera conclusión es que, en términos absolutos, el Estado es el que más ha promovido el procedimiento, con un 65,6 % de casos frente al 34,4 % de la comunidad autónoma. Estas cifras, sin embargo, pueden ser peligrosas si se las lee de forma tendenciosa, por ejemplo, pensando que el Estado “persigue” la actividad normativa de la comunidad autónoma, o que Cataluña produce mayor cantidad de normativa presumiblemente inconstitucional. Por el contrario, en este punto las cifras deben ser leídas de forma positiva: el hecho de que un ente convoque al otro a dialogar y encontrar una solución resulta alentador, al menos en términos cooperativos.

La cuarta conclusión es que resulta evidente que la IX y X Legislaturas fueron, de lejos, las más conflictivas:²⁷ el 57,3 % del total de procedimientos iniciados por el Gobierno central tuvieron cita en este periodo, llegando al 72,09 % cuando fueron instados por la Generalitat catalana. Estos datos son muestra evidente de los efectos de la escalada del problema de acomodamiento de Cataluña en el Estado a lo largo del último Gobierno socialista de Rodríguez Zapatero y del primero del popular Rajoy. Sin embargo, si atendemos a la tasa de efectividad, podemos atenuar el peso del asunto: cuando el procedimiento fue impulsado por el Estado, la efectividad media de estas dos legislaturas fue del 60,45 % y, cuando lo impulsó la comunidad autónoma, del 55,95 %. En definitiva, conflicto (más que) neutralizado por el ánimo conciliador de las partes.

Un dato que resaltar para entender la información de la XII Legislatura (19/07/2016-20/05/2019) es que esta fue compartida por Rajoy (19/07/2016-01/06/2018) y Sánchez (01/06/2018-20/05/2019). Durante el Gobierno de Rajoy, se activó la coerción estatal en Cataluña (27/10/2017-02/06/2018), lo que explica, en gran medida, por qué la producción legislativa fue baja y por qué fueron tan pocos los procedimientos del art. 33.2 LOTC que se activaron.

La última cuestión por señalar es que la tercera Legislatura con más casos ha sido la XIV, con Pedro Sánchez como presidente. Es sabido que para formar el Gobierno de coalición se requirió de la ayuda de los partidos nacionalistas, entre ellos, los de origen catalán. También lo es que el Gobierno del Estado y el de la Generalitat —encabezado, primero, por Quim Torra y, luego, por Pere Aragonès—, procuraron que la llamada “Mesa de Diálogo” destrabara muchos de los conflictos territoriales. Por esta razón, resulta significativo que la XIV Legislatura, en la que en total se iniciaron 27 procedimientos (22 por parte del Estado y 5 por Cataluña), la tasa de efectividad haya sido tan alta: el 72,72 % de los procedimientos impulsados por el Estado culminaron sin recurso, llegando al 80 % cuando su iniciación tuvo acento catalán.

27. Se recomienda recordar las cifras de interposición directa de la tabla 3: en la IX Legislatura no hubo recurso directo alguno en ninguno de los sentidos, y, en la X Legislatura, el Estado planteó 7 recursos sin que medie el art. 33.2 LOTC, frente a 26 recursos directamente interpuestos por el *Govern*.

3. Más allá del procedimiento del art. 33.2 LOTC: aspectos generales

3.1. Cómo finaliza la búsqueda de conciliación

Como se ha visto, la activación del procedimiento conciliatorio no implica en modo alguno que se deba convenir. Los resultados de las reuniones de la Comisión Bilateral no siempre responden a la alternativa acuerdo/interposición del recurso: en el medio discurren distintas categorías que debemos repasar.

A partir de las tablas ofrecidas por el Ministerio de Política Territorial, extraídas del sistema LEXTER (bases de datos jurídicas territoriales), las categorías con las que se registra la finalización de los procedimientos del art. 33.2 LOTC son las siguientes:²⁸

- Acuerdo total.
- Acuerdo parcial.
- Recurso.
- Silencio.

Las primeras tres se canalizan a través de diferentes técnicas que suponen obligaciones —de medio o de resultado, según el caso— a las que se comprometen las partes y que se traducen en:

- Modificación legislativa.
- Interpretación de la forma en la que han de leerse los preceptos impugnados.
- Desarrollo reglamentario.
- Otros.

Tres aclaraciones antes de continuar. La primera, que la cuarta categoría, “silencio”, implica que el procedimiento ha fenecido sin acuerdo: no ha habido ánimo conciliatorio ni tampoco se ha trasladado el asunto a solución jurisdiccional. La segunda, que la categoría “interpretación” evoca una suerte de “interpretación conforme” —haciendo, en cierta forma, analogía de la técnica

28. En las tablas se indica, también, “Pendiente”. A efectos de este trabajo no se tiene en cuenta: interesan solo procesos efectivamente concluidos.

jurisdiccional—, que procura una solución integrando el ordenamiento jurídico y explicando la forma en la que tal o cual precepto ha de ser entendido por las Administraciones afectadas para no vulnerar el reparto competencial.²⁹ La tercera, que la técnica “otros” resulta, por de pronto, indefinida en grado sumo: cuesta imaginar cuáles son las otras formas de solucionar el conflicto que no sean las señaladas. Sin embargo, si se prevé y se alude a ella con tanta asiduidad, por algo será.

3.2. Recursos finalmente interpuestos

Las siguientes tablas corresponden al espejo de las tablas 5 y 6. Procuran dar cuenta de los procedimientos en los que la conciliación fue ineficaz y no finalizaron en silencio, sino con la interposición del recurso de inconstitucionalidad.³⁰

Tabla 7. Conciliación iniciada y recursos interpuestos por el Estado contra Cataluña por resultar inútil el art. 33.2 LOTC, por legislaturas

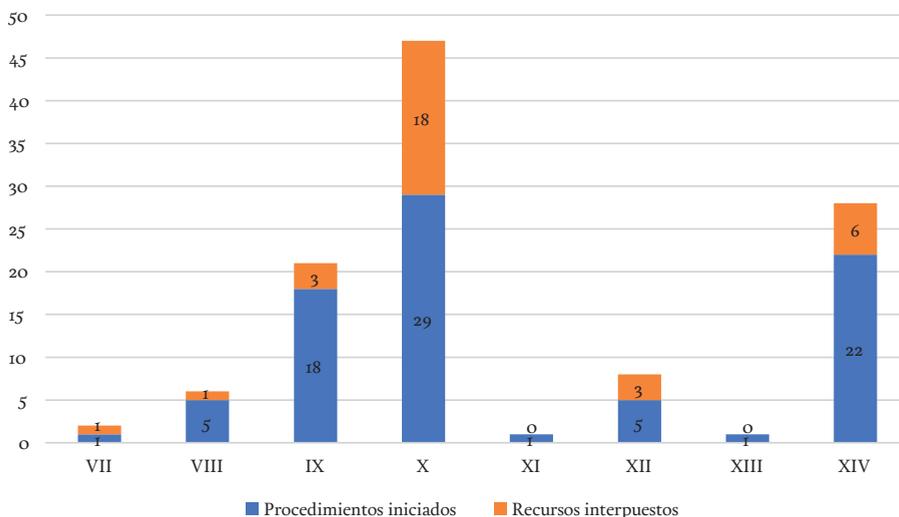
Legislatura	Promotor	Invitado	Procedimientos iniciados	Recursos interpuestos
VII	Estado	Cataluña	1	1
VIII	Estado	Cataluña	5	1
IX	Estado	Cataluña	18	3
X	Estado	Cataluña	29	18
XI	Estado	Cataluña	1	0
XII	Estado	Cataluña	5	3
XIII	Estado	Cataluña	1	0
XIV	Estado	Cataluña	22	6
Total			82	32

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

29. Cabe recordar aquí que, de acuerdo con la doctrina que surge de las SSTC 106/2009, de 4 de mayo, FJ 3; 22/2015, de 16 de febrero, FJ 3, y 79/2017, de 22 de junio, FJ 10, “la existencia de un acuerdo interpretativo sobre el alcance y significado de un concreto precepto de una ley no puede impedir, como no podría ser de otra manera, el pronunciamiento del Tribunal acerca de la vulneración de las competencias que se denuncia en el proceso” (De la Quadra-Salcedo Janini, “Un balance sobre la conflictividad y la cooperación en la resolución de las controversias competenciales”, 179).

30. Nótese que el total de recursos interpuestos (Estado-Cataluña/Cataluña-Estado) es 46. Existe, aquí, un pequeño desfasaje (3 recursos) respecto de lo señalado en el apartado 1.2 que se debe a que la información con la que se construyen estas tablas proviene del Expediente 001-76342.

Gráfico 3. Conciliación iniciada y recursos interpuestos por el Estado contra Cataluña por resultar inútil el art. 33.2 LOTC, por legislaturas



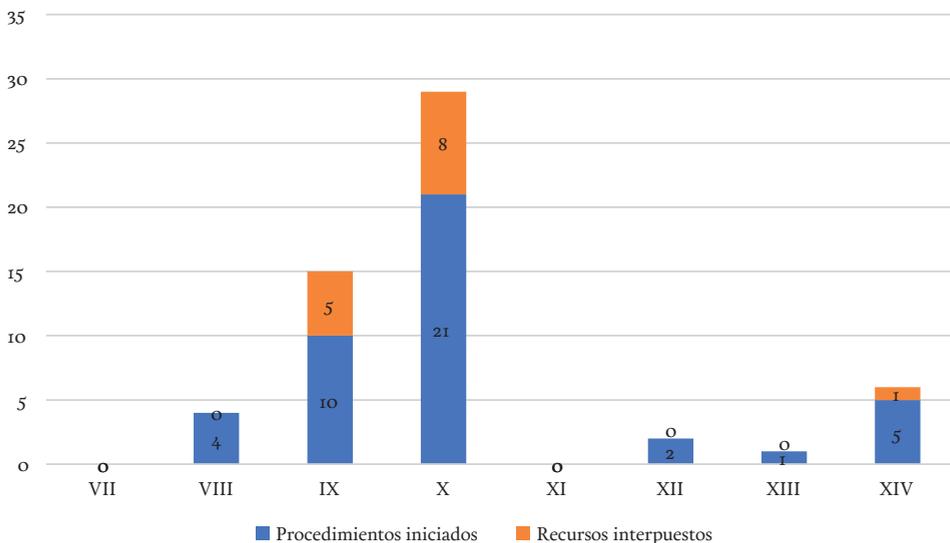
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de las SSTC.

Tabla 8. Conciliación iniciada y recursos interpuestos por Cataluña contra el Estado por resultar inútil el art. 33.2 LOTC, por legislaturas

Legislatura	Promotor	Invitado	Procedimientos iniciados	Recursos interpuestos
VII	Cataluña	Estado	0	0
VIII	Cataluña	Estado	4	0
IX	Cataluña	Estado	10	5
X	Cataluña	Estado	21	8
XI	Cataluña	Estado	0	0
XII	Cataluña	Estado	2	0
XIII	Cataluña	Estado	1	0
XIV	Cataluña	Estado	5	1
Total			43	14

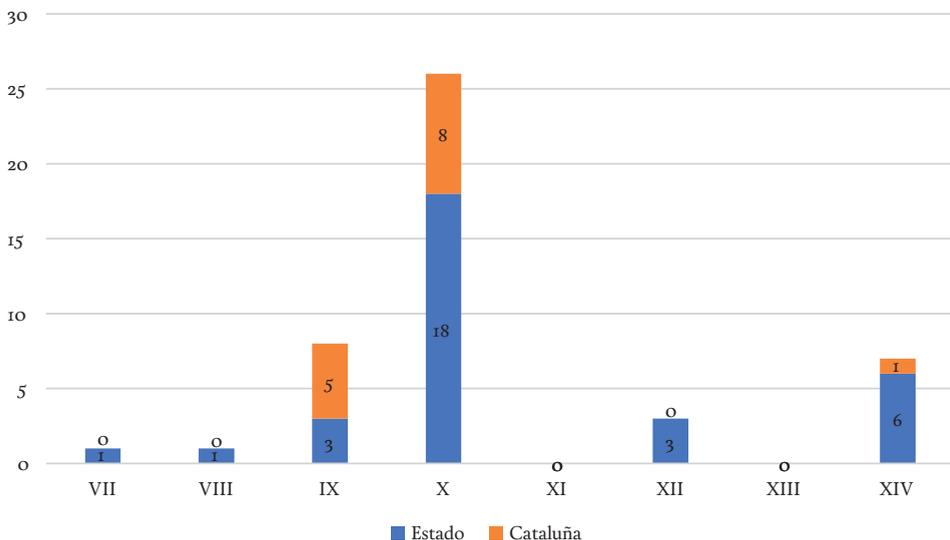
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

Gráfico 4. Conciliación iniciada y recursos interpuestos por Cataluña contra el Estado por resultar inútil el art. 33.2 LOTC, por legislaturas



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de las SSTC.

Gráfico 5. Total de recursos interpuestos ante el TC por resultar inútil el art. 33.2 LOTC, por legislaturas



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de las SSTC.

Ateniéndonos a términos absolutos, de las tablas y gráficos resulta posible colegir un ánimo menos conciliador por parte del Estado si se lo compara con la comunidad autónoma. Sin embargo, esta lectura ha de ser contextualizada: en términos relativos se ha visto que, de acuerdo con la tasa de efectividad, las cifras son más bien similares y hay una cierta paridad en el ánimo conciliador de ambas partes.

En total, han sido 46 los casos que llegaron al Tribunal Constitucional. De esta muestra contamos, a octubre de 2023, con 44 sentencias dictadas, 1 caso de desistimiento y 1 proceso admitido, pero aún no resuelto. Dada su dimensión, se incluye un Anexo I con la relación de normas impugnadas y sentencias dictadas.

3.3. Tipo de norma impugnada

El recurso de inconstitucionalidad se interpone por el tipo de norma que se impugna. Aquí, cabe recordar que el art. 67 LOTC señala que “[s]i la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad”. Esto supone, en definitiva, que las disposiciones que se procura conciliar provienen de leyes o normas con rango de ley, estatales o autonómicas.³¹

31. Hace varios años se planteó en la doctrina un debate sobre la efectividad del procedimiento conciliatorio en relación con el origen de la norma, y es que cuando la vigencia territorial se limita a las fronteras de una comunidad autónoma no habría problema en que se llegue a un acuerdo. El problema se daría allí cuando la Ley fuera estatal, ya que “no hay negociación posible en torno a diecisiete mesas” [Jiménez Campo, “Política de la constitucionalidad”, 19]. Montilla Martos (“La solución política a las controversias competenciales”, 128) trajo a colación, por ejemplo, algunas sentencias de recursos acumulados que harían inviable un 33.2 LOTC y a partir de ellos afirmó, con acierto, que “[l]a hipótesis de diecisiete comisiones bilaterales negociando en paralelo para evitar la jurisdiccionalización del conflicto competencial resulta absurda, más allá de otras connotaciones para el funcionamiento armónico del Estado autonómico”. Al respecto, me surgen dudas no tanto respecto de la negociación —entendiendo lógico el razonamiento anterior— sino de su resultado. Imaginémoslo por un momento un acuerdo de modificación de una norma estatal según el acuerdo de la Comisión Bilateral que, tras seguir exitosamente el camino legislativo, da lugar a nuevas impugnaciones por parte de otras comunidades, al entender que la nueva norma pactada afecta, ahora, a su propio ámbito. Este panorama, ciertamente negativo y sumamente platónico, podría dar lugar a un sinfín de procedimientos conciliatorios. Por suerte, salvo inadvertencia expresa de mi parte, nunca ha ocurrido hasta ahora.

La distribución normativa del total de procedimientos que no lograron conciliarse es la que se indica a continuación.

Tabla 9. Tipo de normas impugnadas

Tipo de norma	Impugna	Total
Ley estatal	Cataluña	7
Real Decreto Ley	Cataluña	7
Ley autonómica	Estado	28
Decreto Ley autonómico	Estado	4
Total		46

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT.

La tipología no resulta relevante en el caso de normas impugnadas por Cataluña: la Ley estatal ha sido tan impugnada como el Real Decreto Ley. No obstante, el análisis varía cuando la norma es autonómica: el 87,5 % de las disposiciones impugnadas por el Estado provienen de una ley autonómica, frente a un 12,5 % de decretos leyes autonómicos.

3.4. Latencia

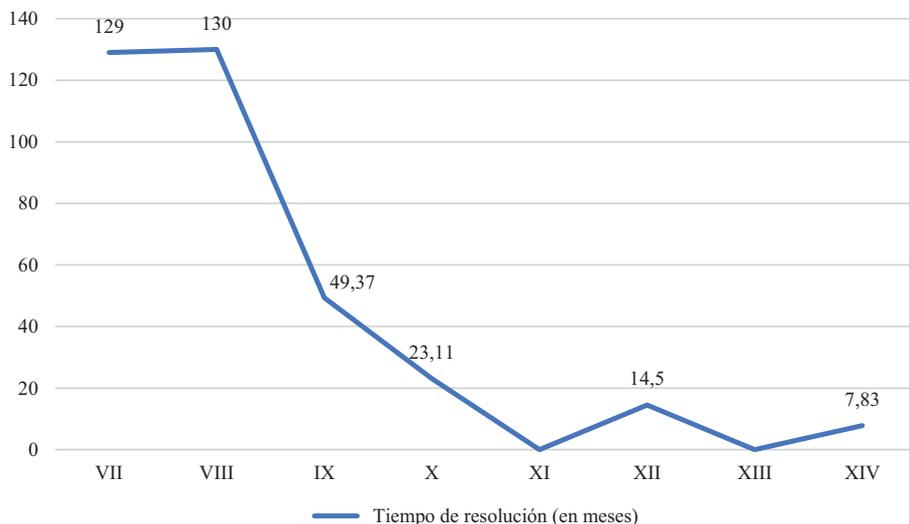
Teniendo en cuenta la fecha de interposición del recurso y su resolución, la media de tramitación de los procedimientos que se analizaron ha sido la siguiente:

Tabla 10. Tiempo de tramitación de los procesos de recurso de inconstitucionalidad interpuestos por conciliación no exitosa

Legislatura	Número de procesos	Duración promedio (en meses)
VII	1	129
VIII	1	130
IX	8	49,37
X	26	23,11
XI	Sin casos	-
XII	3	14,5
XIII	Sin casos	-
XIV	7	7,83
Total/promedio	46	58,96

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de las SSTC.

Gráfico 6. Tiempo de tramitación de los procesos de recurso de inconstitucionalidad interpuestos por conciliación no exitosa



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de las SSTC.

Como se aprecia, el promedio de resolución de casos es de 58,96 meses o, expresado en días, 1.768,8.³² Se advierte, sin embargo, que la latencia de resolución de estos asuntos disminuye de forma drástica entre la VIII y la IX Legislatura y, a partir de ahí, la disminución es progresiva, a la vez que significativa. Piénsese, por ejemplo, que de los 130 meses de tramitación en la VIII Legislatura se llega a los 7,83 en la XIV. Los datos reflejados hacen que resulte verdaderamente imposible pensar que se ha cumplido con lo dispuesto en el art. 34.2 LOTC.³³

Una aclaración. Este apartado pretende tan solo dar cuenta del trabajo del Tribunal: las cifras de latencia no guardan relación alguna con la efectividad o no del procedimiento del art. 33.2 LOTC. Se trata, en definitiva, de la opción por llevar los asuntos al orden del día una vez concluido el proceso y, además, del mayor o menor trabajo que supone su estudio, deliberación y decisión.

32. Este dato surge de considerar meses de 30 días.

33. Art. 34.2 LOTC: “La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cual el Tribunal dictará sentencia en el de diez, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días”.

3.5. Gobiernos estatal y autonómico: análisis general

Dado que no se ha logrado conciliar, resulta interesante ver la cantidad de casos que llegaron al TC según las presidencias del Gobierno y de la Generalitat. En este último caso se indicará, además, la composición del *Govern* por la particularidad procesal que inmediatamente se explicará.

Tabla 11. Presidentes del Gobierno que interpusieron recurso de inconstitucionalidad por resultar infructuoso el art. 33.2 LOTC

Presidente del Gobierno	Partido	Recursos interpuestos
José María Aznar	Partido Popular	1
José Luis Rodríguez Zapatero	Partido Socialista Obrero Español	8
Mariano Rajoy	Partido Popular	29
Pedro Sánchez	Partido Socialista Obrero Español	8

Fuente: elaboración propia.

Tabla 12. Presidentes de la Generalitat o Govern que interpusieron recurso de inconstitucionalidad por resultar infructuoso el art. 33.2 LOTC

Presidente de la Generalitat	Filiación Política	Govern	Recursos interpuestos
Jordi Pujol	<i>Convergència Democràtica de Catalunya</i>	CiU	1
Pasqual Maragall	Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC)	PSC + ERC + ICV-EUiA	1
José Montilla	Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC)	PSC + ERC + ICV-EUiA	3
Artur Mas	<i>Convergència Democràtica de Catalunya</i>	CiU	22
Carles Puigdemont	<i>Junts pel Sí</i>	JxSí	10
Soraya Sáenz de Santamaría	Partido Popular	PP (coerción estatal art. 155 CE)	1
Quim Torra	Independiente	JuntsxCat + ERC	4
Pere Aragonès	<i>Esquerra Republicana de Catalunya</i>	ERC + JuntsxCat / ERC (tras salida de JuntsxCat)	4 (3+1)

Fuente: Elaboración propia.

Al cruzar los datos de ambas tablas surgen algunos datos interesantes. El primero, que a nivel estatal los presidentes populares fueron los que menos ánimo conciliador tuvieron: el 65,2 % de los recursos fueron interpuestos por José María Aznar y Mariano Rajoy. Relativizando esta cifra, el 97 % de los recursos fueron firmados por Rajoy y solo el 3 % por Aznar. Los presidentes

socialistas representan el 34,8 % de casos, existiendo, en términos relativos, paridad absoluta entre Rodríguez Zapatero y Sánchez.

El segundo aspecto para considerar surge de Cataluña. La LOTC señala que tanto la interposición del recurso como la posibilidad de soslayarlo vía art. 33.2, recae en el presidente del Gobierno o “de los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas”. Esto hace que se tenga en cuenta la composición del *Govern* antes que el dato de quién era el *President*. Ateniéndonos a esto, las cifras demuestran que CiU lidera el podio como participante activo o pasivo de asuntos no conciliados con el 50 % de casos (23). Le sigue JxSí con el 21,7 % (10) y, por detrás, aunque no muy lejos, la coalición JuntsxCat-ERC o ERC-JuntsxCat con el 15,2 % (7).

Con independencia de lo que se acaba de señalar, dada la tradición presidencialista de nuestro sistema parlamentario, resulta igualmente interesante analizar los datos en relación con el titular del *Palau de la Generalitat*. Lidera la interposición de recursos Artur Mas, con prácticamente la mitad de los procesos por vía activa o pasiva (47,8 %, 22 casos); seguido por Carles Puigdemont (21,7 %, 10 casos), y, luego, Quim Torra y Pere Aragonès con el 8,69 % (4 casos cada uno). Al margen de que la legitimación activa recaiga en el *Govern* y no en el *President*, resulta evidente que quienes más apostaron por la vía de la independencia fueron quienes menos lograron conciliar.

Para cerrar, un dato de color. En la tabla 12 se recoge un procedimiento en el que participó Soraya Sáenz de Santamaría. Cabe recordar que, tras la aprobación por parte del Senado de la coerción estatal (art. 155 CE), Mariano Rajoy, presidente del Gobierno a la sazón, delegó en su única vicepresidenta, Sáenz de Santamaría, las facultades que él mismo asumía respecto de la Presidencia de la Generalitat.³⁴ El recurso de inconstitucionalidad n.º 6367-2017 (resuelto por STC 43/2019, de 27 de marzo), fue interpuesto el 29 de diciembre de 2017 por el presidente Rajoy. El recurso apuntaba contra la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre

34. *Vid.* art. 7 del Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución.

emisiones de dióxido de carbono. Este asunto había sido llevado previamente a la Comisión Bilateral, celebrándose el Acuerdo de inicio el 7 de junio de 2017, cuando Carles Puigdemont todavía gobernaba la Generalitat.

Cuando se interpuso el recurso se personó, primero, el *Parlament*. El TC tuvo que esperar hasta la pérdida de vigencia del Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, para dar traslado a la Presidencia de la Generalitat para formular alegaciones, como finalmente ocurrió (Providencia, de 5 de junio de 2018). En definitiva, el nombre de la exvicepresidenta del Gobierno aparece tan solo de forma circunstancial, ya que para la construcción de la tabla se tuvo en cuenta la fecha de interposición del recurso y no la de la personación del *Govern*.

3.6. Gobiernos estatal y autonómico: análisis desde el punto de vista del actor

Detengámonos un momento a analizar los datos macro desde el punto de vista de los promotores del recurso, primero a nivel estatal y, luego, a nivel autonómico.³⁵

Tabla 13. Recursos interpuestos desde el punto de vista del actor estatal

Legislatura	Presidente del Gobierno	President de la Generalitat	Número de recursos
VII	José María Aznar	Jordi Pujol	1
VIII	José Luis Rodríguez Zapatero	Pasqual Maragall	1
IX	José Luis Rodríguez Zapatero	José Montilla	1
		Artur Mas	2
X	Mariano Rajoy	Artur Mas	11
		Carles Puigdemont	7
XI	Mariano Rajoy	Sin casos	
XII	Mariano Rajoy (3) / Pedro Sánchez (0)	Carles Puigdemont	
		Soraya Sáenz de Santamaría	
		Quim Torra	1
XIII	Pedro Sánchez	Sin casos	
XIV	Pedro Sánchez	Quim Torra	2
		Pere Aragonès	4

Fuente: Elaboración propia.

35. En este caso, se tomará como referencia los presidentes de ambos entes antes que la relación presidente del Estado/*Govern* de la Generalitat.

Tabla 14. Recursos interpuestos desde el punto de vista del actor autonómico³⁶

Legislatura	President de la Generalitat	Presidente del Gobierno	Número de recursos
VII	Sin casos		
VIII	Sin casos		
IX	José Montilla	José Luis Rodríguez Zapatero	2
	Artur Mas		3
X	Artur Mas	Mariano Rajoy	6
	Carles Puigdemont		2
XI	Sin casos		
XII	Sin casos		
XIII	Sin casos		
XIV	Quim Torra	Pedro Sánchez	1

Fuente: Elaboración propia.

En estas tablas se evidencia que las relaciones presidenciales más conflictivas han sido Rajoy-Mas (11+6) y Rajoy-Puigdemont (7+2), seguida inmediatamente —aunque a medio camino en términos relativos—, por Sánchez-Aragonès (4). Los demás casos, por ser de 2 o menos de 2, no resultan relevantes a estos efectos.

3.7. Temática general del asunto

Teniendo en cuenta la muestra (46) resulta evidente que los temas en los recursos son de lo más variopinto. En la siguiente tabla se reflejan los temas principales llevados al TC y el número de pronunciamientos que los abordaron, y se destaca el interés estatal o autonómico por el asunto.

Tabla 15. Temas abordados en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos

Tema principal	Número de asuntos	Interés estatal	Interés autonómico
Archivos	1	X	
Atención a la dependencia	1		X
Banca	1		X
Comercio	3	X	
Comunicación audiovisual	2	X	
Consumo	3	X	
Creación de municipios	2	X	
Deporte	1		X

36. Se toma como referencia la legislatura estatal, no la autonómica.

Tema principal	Número de asuntos	Interés estatal	Interés autonómico
Dominio Público Marino Terrestre	1	X	
Educación	1		X
Fondos estatales	1		X
Función Pública	1		X
Impuestos	6	X	
Legislación civil	1	X	
Legislación laboral	2	X	X
Legislación procesal	1	X	
Lengua	1	X	
Medioambiente	2	X	X
Movilidad sostenible	1	X	
Protección Civil	1		X
Referéndum	1	X	
Registros	1	X	
Relaciones internacionales	1	X	
Sanidad	1		X
Seguridad Social	1		X
Urbanismo	3	X	X
Vivienda	3	X	
Sin tema (desistimiento/ sin resolver)	2		

Fuente: Elaboración propia.

Como se aprecia, el grueso de los temas fue abordado en una o dos ocasiones. Los más tratados fueron comercio, consumo, urbanismo y vivienda (tres cada uno), ubicándose la cuestión impositiva en el podio, con seis asuntos impulsados desde el Estado. A más de la diferencia entre la cuestión impositiva y los demás temas, no se advierte ningún asunto que *a priori* llame poderosamente la atención.

3.8. Títulos competenciales controvertidos

Tras advertir los principales temas abordados, resta ahora señalar los títulos competenciales controvertidos. Teniendo en cuenta la dinámica procesal asumida por las partes y que un mismo asunto puede afectar a más de un título competencial, deviene imposible extraer una conclusión general basada en una única tabla.

Tras analizar las 44 sentencias resueltas, salta a la luz que ambas representaciones procesales —como era de esperar— han tratado de defender su actuación normativa argumentando su adecuación a la distribución competencial. Esto implica, en definitiva, una artillería de argumentos basados en un determinado título competencial “raíz”, que generalmente se pone en relación con otros sobre los que se ha asumido competencia. A través de esta dinámica argumentativa se procura, en definitiva, expandir lo máximo posible el título propio (o el esquema bases/desarrollo) para que la norma cuya constitucionalidad se defiende quede al amparo del bloque de la constitucionalidad, encorsetando, en definitiva, el posible ámbito de actuación del otro ente.

El Estado defiende sus títulos en hasta 28 preceptos distintos. Esta cifra se eleva hasta la friolera de 80 en el caso de la representación catalana. Esto se debe a que el Estado utiliza los títulos que surgen del art. 149.1 CE junto a un puñado más de preceptos constitucionales, así como otros que surgen de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA).³⁷ Por el contrario, Cataluña recurre a títulos asumidos estatutariamente en virtud del juego de los artículos 148.1 y 149.1 CE, que se encuentran diseminados a lo largo y ancho del *Estatut* (no se condensan en un determinado precepto, como una suerte de relación específica de competencias asumidas). A su vez, la representación procesal procura constantemente ampliar los márgenes competenciales propios a partir de la conjunción argumentativa de diferentes preceptos estatutarios, llegando en alguna ocasión hasta prácticamente una decena. Esta técnica procura, a la postre, el encorsetamiento competencial.

Con el objetivo de reflejar la magnitud del asunto, se ofrecen a continuación dos tablas que recogen los preceptos de los que surgen títulos competenciales aludidos por las defensas procesales. Estas tablas incluyen preceptos en abstracto, sin indicación de materias específicas. Además, como se verá, algunos son relativos a temas discutidos en el proceso que van más allá del reparto, como pueden ser lengua, extranjería, derechos fundamentales o sistema de fuentes. Se indica, además, la cantidad de casos en los que se ha estudiado el asunto.

37. Cabe recordar que la LOFCA, de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional (*ex art. 28 LOTC*) forma parte del bloque de constitucionalidad.

Tabla 16. Preceptos constitucionales aludidos por el Estado

Precepto constitucional	Menciones
3.1	1
3.2	1
13	1
14	1
43	1
86.1	2
133	2
149.I.1. ^a	9
149.I.3. ^a	1
149.I.6. ^a	7
149.I.7. ^a	2
149.I.8. ^a	7
149.I.II. ^a	4
149.I.I3. ^a	23
149.I.14. ^a	3
149.I.16. ^a	1
149.I.17. ^a	3
149.I.18. ^a	10
149.I.21. ^a	5
149.I.23. ^a	5
149.I.25. ^a	4
149.I.27. ^a	3
149.I.28. ^a	1
149.I.29. ^a	1
149.I.32. ^a	1
149.2. ^a	1
157	2
LOFCA	5.

Fuente: Elaboración propia a partir de las SSTC

Tabla 17. Preceptos estatutarios aludidos por Cataluña

Precepto estatutario	Menciones	Precepto estatutario	Menciones
3.1	1	144.1	1
6.1	1	144.2	1
6.2	1	145	1
36	1	146	2

Precepto estatutario	Menciones	Precepto estatutario	Menciones
47	1	147.2	1
50.1	1	149.1	1
68.5	1	149.3	2
84.2	1	149.5	1
86.7	1	149.5.c)	1
110	3	149.5.d)	1
111	1	150	2
113	2	151	2
114.3	1	152	1
115.2	1	152.2	1
116.2.b)	1	152.4	1
117.1	1	153	1
119.2	1	156	1
120	1	157	1
121	4	159.1.c)	3
122	1	160	1
123	7	162	1
125.4	1	162.3	1
126.2	1	165	1
126.3	1	166	4
127	2	169.1	1
127.1.b)	1	170	1
127.1.c)	1	170.1.b)	1
129	2	172	1
130	4	189	3
131	3	195	1
132	2	196	1
133	3	201	1
133.1.c)	1	201.2	2
133.4	1	202	1
134	2	202.2	2
136	1	202.3.a)	2
137	8	203.2	1
140.7	3	203.4	1
143.2	1	203.5	5
144	3	211	1

Fuente: Elaboración propia a partir de las SSTC.

De la relación de títulos competenciales impugnados a nivel estatal destacan, por el número de menciones, los correspondientes a los numerales 1.^ª, 8.^ª, 13.^ª y 18.^ª del art. 149.1 CE. Estos preceptos condensan la competencia estatal exclusiva para regular condiciones básicas que aseguren la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones (1.^ª); la competencia para legislación civil (8.^ª); la competencia para regular las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (13.^ª), y la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, el régimen funcionarial, el procedimiento administrativo, etc. (18.^ª).

Antes de proseguir con el análisis, resulta adecuado recordar, de la mano de Arroyo Gil, que el hecho de que el art. 149.1 CE indique que las competencias que en sus 32 numerales se señalan son “exclusivas” del Estado, “no quiere decir que, en relación con todas las materias (o actividades) a las que se refiere este precepto corresponda al Estado la totalidad de las facultades sobre las mismas”. Y es que, si bien es cierto que, en algunos casos, dada la materia o la actividad que se trate, el Estado debe ostentar la totalidad de facultades (legislativas y ejecutivas), también lo es que “hay numerosos casos en los que tan solo se atribuye al Estado la facultad de aprobar la legislación básica, las normas básicas o las bases de una materia, de forma que las comunidades autónomas podrán asumir en sus Estatutos tanto las facultades de desarrollo normativo de las mismas como las de ejecución”.³⁸

No resulta para nada extraño que estos títulos competenciales sean objeto de controversia, sobre todo al amparo del uso cada vez más extendido por parte del Estado de algunos de ellos (149.1.1.^ª o 13.^ª), que terminan siendo una suerte de mega competencia o título *catch all* al que acude a menudo para avalar su actuación. Cabe recordar, siguiendo a Pemán Gavín, que el Tribunal ha elevado el art. 149.1.1.^ª CE a la categoría de “título competencial autónomo que permite al Estado la regulación de los derechos constitucionales si bien en unos términos limitados”. Dicha limitación se basa en que el precepto

no autoriza al Estado a realizar “el diseño completo y acabado del régimen jurídico” de estos derechos, sino que debe circunscribirse a establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad; unas condiciones básicas que el

38. Arroyo Gil, *Distribución y delimitación de competencias*, 139 y 141.

TC intenta diferenciar del concepto de bases o normas básicas que emplean otras reglas competenciales del art. 149.1, señalando al respecto que las condiciones básicas no se sitúan en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo y que, por tanto, no son susceptibles en rigor de desarrollo por las CC. AA.³⁹

Por su parte, el art. 149.1.13.^a CE constituye, en todo sentido, un título competencial estatal horizontal que se entrecruza normalmente con otras materias. El TC ha reconocido en su jurisprudencia la *vis expansiva* de este título, que atribuye al Estado, por ejemplo, “la posibilidad de aprobar normas de naturaleza económica sobre diversos sectores sobre los que las comunidades autónomas han asumido competencias, apreciándose una cierta subordinación de la regulación sectorial a las normas emanadas de la competencia estatal”.⁴⁰

Descendiendo al ámbito estatutario, las competencias más discutidas provienen de los arts. 121, 123, 130, 137, 166 y 203.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). En ellas se condensan la competencia autonómica exclusiva en materia de comercio y ferias (121) y de consumo (123); la competencia para dictar normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho sustantivo catalán (130); la competencia exclusiva en materia de vivienda (137) y de servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias (166), y la competencia para establecer por ley los tributos propios, sobre los cuales la comunidad tiene capacidad normativa (203.5).

De los títulos señalados, los más controvertidos han sido los relativos a consumo y tributos. El primero se ha puesto en relación, para su defensa, con distintos preceptos estatutarios,⁴¹ lo que confirma lo señalado respecto de la

39. Pemán Gavín, “Artículo 149.1 y 149.1.13.^a”, 1215.

40. Guillén Caramés, “Artículo 149.1.13.^a”, 1331.

41. Artículos 47, relativo a la promoción de la vivienda; 110, que señala la tipología competencial exclusiva; 113, desarrollo, aplicación y ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de sus competencias; 121, comercio y ferias; 127, cultura; 130, derecho procesal; 133, energías y minas; 133.1.c), fomento de energías renovables y eficiencia energética; 137, competencia exclusiva en materia de vivienda; 144, medioambiente, espacios naturales y meteorología; 166, servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de familia, y 189, desarrollo y aplicación por parte de Cataluña del derecho de la Unión Europea en el ámbito de su competencia. Esto puede comprobarse en las SSTC 193/2013, de 21 de noviembre; 62/2016, de 17 de marzo; 157/2016, de 22 de septiembre; 54/2018, de 24 de mayo; 13/2019, de 17 de enero, y 118/2022, de 29 de septiembre.

argumentación competencial complementaria. El segundo guarda relación directa con el asunto que más atención ha despertado por parte del Estado: los tributos autonómicos. Este caso también fue puesto en relación con otros preceptos estatutarios que avalarían la actuación catalana.⁴²

3.9. Menciones del art. 33.2 LOTC

Con el objetivo de evaluar el procedimiento conciliatorio una vez interpuesto el recurso, se puede analizar cuáles fueron los casos en los que la defensa estatal, autonómica, o incluso el propio TC, mencionaron el art. 33.2 LOTC.

Tabla 18. Menciones del art. 33.2 LOTC en procedimientos de conciliación infructuosa

STC	Promotor	Estado	Cataluña	Tribunal Constitucional
14/2013, de 31 de enero	Estado	X	X	
174/2013, de 10 de octubre	Cataluña		X	X
182/2013, de 23 de octubre	Estado			X*
193/2013, de 21 de noviembre	Estado	X		
4/2014, de 16 de enero	Estado		X	X
17/2016, de 4 de febrero	Estado	X		
20/2016, de 4 de febrero	Cataluña		X	
84/2016, de 28 de abril	Cataluña		X	
99/2016, de 25 de mayo	Cataluña		X	
190/2016, de 15 de noviembre	Cataluña		X	
63/2017, de 25 de mayo	Cataluña		X	X
102/2017, de 20 de julio	Estado		X	X
57/2022, de 7 de abril	Estado			X

Fuente: Elaboración propia a partir de las SSTC.

42. Artículos 47, relativo a la promoción de la vivienda; 123, consumo; 127, cultura; 129, derecho civil propio; 130, derecho procesal; 133, energía y minas; 140.7, comunicaciones electrónicas; 149.1, ordenación del territorio y del paisaje; 149.5, régimen urbanístico, de propiedad del suelo, de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, política de suelo y vivienda y protección de la legalidad urbanística; 157, actividad publicitaria; 202.3.a), rendimientos de impuestos, tasas, contribuciones y demás tributos propios; y 203.5, competencia para establecer por ley los tributos propios, sobre los cuales la comunidad tiene capacidad normativa. Esto puede comprobarse en las SSTC 4/2019, de 17 de enero; 13/2019, de 31 de enero; 95/2017, de 6 de julio; 20/2016, de 4 de febrero; 8/2019, de 17 de enero; 57/2022, de 7 de abril; 28/2022, de 24 de febrero, y 118/2022, de 29 de septiembre.

Para comenzar, resulta conveniente llamar la atención sobre las cifras totales. Del universo de 46 procesos que llegaron ante el TC, tan solo 13 de ellos (28,2 %) mencionan el precepto. Cabe aclarar que el rastreo realizado en este punto se ha limitado a la búsqueda de menciones en abstracto, sin importar lo que las partes o el Tribunal alegaron al respecto. Sin entrar en el fondo del asunto, resulta significativo que en más del 70 % de los casos no se mencione en forma alguna el procedimiento conciliatorio, siquiera señalándolo como un punto más del *íter* prejurisdiccional.

En segundo lugar, llama la atención el hecho de que las menciones al procedimiento hayan sido tan bajas en el caso del Estado (3/13), en claro contraste con Cataluña, que lidera el asunto (9/13). El Tribunal, por su parte, mencionó el precepto en 6 oportunidades: en 4 como correlación de lo apuntado por la actora o la demandada, y en 2 *motu proprio* (SSTC 182/2013, de 23 de octubre, y 57/2022, de 7 de abril).

En el primer caso en el que Tribunal aludió al art. 33.2 LOTC, analizó la tramitación previa del procedimiento conciliatorio antes de entrar en el debate sobre el fondo del proceso (FJ 2). En el segundo, el TC indagó sobre la interposición del recurso dentro del plazo legal (FJ 2). Si bien ambos procesos serán tratados en el próximo epígrafe, se puede adelantar ya que el primer pronunciamiento no resulta relativo al objeto de este trabajo, de ahí el asterisco señalado en la tabla.

Un dato que no ha de pasarse por alto es la correlación existente entre carta de invitación y recurso. En el caso del Estado, hay plena identidad. Sin embargo, no pasa lo mismo con Cataluña: en 3 de los casos en los que alude al precepto la carta de invitación fue estatal, frente a 6 en los que existió correlación carta-recurso.

Yendo más al fondo del asunto, sin detenernos aún en la consideración del TC, veamos qué tipo de menciones realizaron las partes.⁴³

- *STC 14/2013, de 31 de enero*. El Abogado del Estado se limitó a resaltar el resultado infructuoso de las negociaciones bilaterales (A1). El TC señaló que el Abogado de la Generalitat puso de manifiesto en su escrito “alguna vicisitud en el procedimiento previsto en el art. 33.2 LOTC”, sin ahondar más (A6).

43. Los Antecedentes se señalan como “A(x)”.

- *STC 174/2013, de 10 de octubre.* La Abogada de la Generalitat señaló que la interposición del recurso se dio tras haberse cumplido con el procedimiento del art. 33.2 LOTC (A1).
- *STC 193/2017, de 21 de noviembre.* El Abogado del Estado resaltó la interposición del recurso dentro de los nueve meses desde la publicación de la Ley catalana impugnada, dada la activación del art. 33.2 LOTC (A1).
- *STC 4/2014, de 16 de enero.* El Letrado del *Parlament* solicitó del TC la inadmisión a trámite por contravenir el art. 33.2 LOTC, ya que los preceptos que finalmente se impugnaron excedían de aquellos que se habían sometido a conciliación (A8). La representación de la Generalitat insistió en el asunto (A9).
- *STC 17/2016, de 4 de febrero.* El Abogado del Estado señaló tan solo que el art. 33.2 resultó infructuoso (A1).
- *STC 20/2016, de 4 de febrero.* La Abogacía de la Generalitat señaló el cumplimiento de los requisitos procesales para interponer la demanda, entre los que incluyó el art. 33.2 LOTC [A1.a)]. Reseñó, además, que el procedimiento no llegó a buen puerto [A1.h)].
- *STC 84/2016, de 28 de abril.* La Abogada de la Generalitat mencionó la falta de acuerdo satisfactorio con motivo de las reuniones de la Comisión Bilateral (A1).
- *STC 99/2016, de 25 de mayo.* Los Abogados de la Generalitat señalaron que el recurso justifica su interposición dentro del plazo de nueve meses por haber hecho uso del art. 33.2 LOTC (A1).
- *STC 190/2016, de 15 de noviembre.* El Letrado de la Generalitat señaló que se siguió el procedimiento del art. 33.2 LOTC (A1).
- *STC 63/2017, de 25 de mayo.* La Abogada de la Generalitat justificó que un determinado precepto que se impugnaba de la norma estatal no había sido expresamente mencionado en el procedimiento del art. 33.2 LOTC. Tal precepto estaría directamente relacionado con el ámbito subjetivo del derecho de prestación sanitaria [A1.b)].

- *STC 102/2017, de 20 de julio*. La Abogada de la Generalitat señaló que las cuestiones controvertidas habían sido ya solventadas durante el procedimiento conciliatorio [A6.a)].

Las menciones reseñadas podrían, en definitiva, agruparse en tres categorías. La primera, integrada por aquellos procesos en los que se alude al art. 33.2 LOTC para justificar la interposición dentro del plazo de nueve meses, superando la barrera temporal de los tres del art. 33.1 LOTC. La segunda, agrega los casos en los que se discute que la impugnación ha ido más allá de lo que se sometió a conciliación, bien para atacar a la contraparte, bien para defender por qué se utiliza esta estrategia —casos que, cabe subrayar, solo atañen en la muestra a la representación catalana—. La tercera categoría responde a la alusión al procedimiento conciliatorio para resaltar que el asunto ya había sido zanjado, lo que inhabilitaría el objeto del recurso.

3.10. Doctrina del TC sobre el art. 33.2 LOTC

Ingresemos ahora al contenido de las menciones del art. 33.2 LOTC que realiza el TC. Como se ha visto, la muestra se limita a tan solo seis sentencias.

STC 174/2013, de 10 de octubre

Se trata de un recurso interpuesto por Cataluña contra el Estado contra determinados preceptos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. En el FJ 2.a) el Tribunal se planteó una cuestión previa relativa a la delimitación precisa del objeto del recurso. Tras señalar que el cauce previo del art. 33.2 devino infructuoso, señaló que “existen algunas diferencias entre el contenido del preceptivo acuerdo de la subcomisión de seguimiento normativo [...], y el suplico de la demanda”. El recurso, en definitiva, “tiene un objeto más amplio que el inicialmente determinado como controvertido” en el acuerdo.

Para resolver el asunto, el TC aplicó la doctrina de la STC 8/2012, de 18 de enero [F] 2A)], en la que había resuelto que “[e]s este acuerdo [el de la Comisión bilateral], por tanto, el que desempeña una función de delimitación del contenido de un eventual recurso de inconstitucionalidad posterior”. En consecuencia, limitándose a aplicar su doctrina, entendió

que no forman parte del objeto del recurso aquellos preceptos que excedan de los que en su momento estuvieron sujetos a conciliación. Ahora bien, lo que parecería ser un descarte absoluto de aquellos preceptos excedentes no lo es tanto, ya que el TC aclaró que no forman parte del recurso “sin perjuicio de que, dado que han sido impugnados por conexión, esta impugnación no sea autónoma, sino que se relaciona directamente con las de los preceptos sustantivos de la Ley de economía sostenible que han sido recurridos”.

STC 102/2013, de 23 de abril

Se trata de un caso peculiar: es un recurso acumulado interpuesto contra el Estado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, el Consello de la Xunta de Galicia, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

El TC señaló, en el FJ 2.A), que los recursos fueron interpuestos previa tramitación del procedimiento del art. 33.2 LOTC,⁴⁴ que concluyó con una resolución parcial de las discrepancias, “como se deduce de las diferencias existentes entre los respectivos acuerdos sobre iniciación de las negociaciones y las pretensiones finalmente elevadas a este Tribunal”. Tras resaltar la doctrina que proviene de las SSTC 8/2012, de 18 de enero, y de la anterior analizada (174/2013, de 10 de octubre), señaló que:

No merece objeción alguna que el ámbito objetivo de un recurso de inconstitucionalidad no se extienda finalmente a la totalidad a los preceptos controvertidos en la fase conciliatoria, pues las negociaciones entre las partes pueden conducir a una avenencia total, pero también parcial, y tal es el sentido último que debe conferirse a la vía abierta por el art. 33.2 LOTC. La función de delimitación que hemos atribuido al acuerdo regulado en dicho precepto constituye por tanto un marco de máximos, de modo que no pueden introducirse *ex novo* cuestiones ajenas al mismo en el recurso de

44. Cabe recordar, aquí, que “el mecanismo [del art. 33.2 LOTC] es de carácter bilateral y, en el caso de leyes estatales, no permite la negociación conjunta, lo que obliga a la Administración General del Estado a negociar separadamente con cada comunidad autónoma una misma norma, si bien es de esperar que manteniendo similares argumentos en los diferentes foros bilaterales”. *Vid.* Ibáñez Buil, *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias*, 142.

inconstitucionalidad interpuesto en el plazo de nueve meses, plazo directamente asociado al procedimiento conciliatorio.

Con este razonamiento justificó el TC la inadmisión a trámite del recurso interpuesto por Extremadura en lo referido a determinadas disposiciones finales, “y ello sin perjuicio de que, dado que han sido recurridos por conexión, esta impugnación no sea autónoma”.

Esta doctrina resulta complementaria de la sentada previamente: no se puede ir más allá, pero sí se puede ir a menos. Sin embargo, en honor al contenido del pronunciamiento, cabe resaltar que la reflexión del TC sobre el art. 33.2 LOTC no es en relación con el acuerdo de la Comisión Bilateral Cataluña-Estado.

STC 4/2014, de 16 de enero

Este recurso interpuesto por el presidente del Gobierno contra los artículos 3.4 y 7.2, y por conexión contra los artículos 1 y 3.3, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de bienes muebles de Cataluña, recoge el planteamiento, como se ha visto, de una cuestión previa por parte de la representación del *Parlament* y de la Generalitat.

En el FJ 2, el Tribunal resaltó que en el seno de la Comisión Bilateral “no se discutió la constitucionalidad de los arts. 1 y 3.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, por lo que, al introducirse *ex novo* en el recurso y no poder beneficiarse de la ampliación del plazo para formularlo que deriva del art. 33.2 LOTC, el reproche de inconstitucionalidad de tales normas deviene extemporáneo”. Estimó, en consecuencia, la concurrencia de este óbice de acuerdo con la doctrina reseñada y declaró la inadmisión a trámite del recurso en relación con estos preceptos.

STC 63/2017, de 25 de mayo

Se trata de un recurso interpuesto por el *Govern* contra determinados preceptos del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la

calidad y seguridad de sus prestaciones. Se nos presenta otro caso “fácil”, de aplicación de la doctrina ya expuesta, aunque con una particularidad: si bien el Abogado del Estado no lo opuso como óbice procesal, el Tribunal excluye de su análisis el art. 1.3 del RDL impugnado, al no haber sido incluido en el Acuerdo prejurisdiccional (FJ 2).

STC 102/2017, de 20 de julio

Se trata de un recurso promovido por el presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 7/2015, de 14 de mayo, de modificación de la Ley 3/2008, del ejercicio de las profesiones del deporte. En el FJ 2 el TC evaluó el alegato de la representación catalana, que subrayaba que las cuestiones suscitadas sobre la norma que la Ley 7/2015 modificaba ya habían sido resueltas por Acuerdo del artículo 33.2 LOTC. Al respecto, señaló que no resulta controvertido que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo legal y que la extemporaneidad alegada “debe, por tanto, quedar referida exclusivamente a la inconstitucionalidad por conexión (art. 39.1 LOTC) del artículo 8.1 de la Ley 3/2008 que postula el Abogado del Estado”.

STC 57/2022, de 7 de abril

Tras el análisis realizado en el epígrafe 3.10.B., este caso constituye el único en el que el Tribunal entró a valorar el 33.2 LOTC “a pesar de que ninguna de las partes ha puesto en tela de juicio este aspecto” (FJ 2).

El recurso fue interpuesto por el presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda, publicada en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* n.º 8229, de 21 de septiembre de 2020. El TC recuerda que la fecha de publicación de la norma es la que marca el inicio del cómputo del plazo de interposición del recurso. Aunque en este caso haya sido interpuesto más allá de los tres meses desde dicha fecha, “hay que tomar en consideración que se ha formalizado tras haberse utilizado previamente el cauce de resolución de conflictos previsto en el art. 33.2 LOTC, con lo que, en consecuencia, tras resultar infructuoso el citado trámite, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo ampliado de nueve meses al que hace referencia el indicado precepto” (FJ 2).

El Acuerdo de inicio de negociaciones se publicó tanto en el BOE como en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* el 27 de enero de 2021, aunque había sido comunicado previamente al TC el 16 de diciembre de 2020. Como el recurso de inconstitucionalidad, señala el TC, tuvo entrada por Registro General del Tribunal el 21 de junio de 2021, “ha sido presentado dentro del plazo de nueve meses previsto en el art. 33.2 LOTC”. Estamos, en definitiva, ante un caso en el que, como se dice coloquialmente, se apuraron verdaderamente los plazos.

Resulta oportuno destacar una errata advertida en el análisis de esta Sentencia que puede distraer a cualquier ávido lector: el A1 señala que el escrito del Abogado del Estado se presentó “el 3 de octubre de 2017”. Teniendo en cuenta que la Ley catalana se aprobó el 18 de septiembre de 2020, resulta materialmente imposible que dicha fecha sea correcta. Debe tenerse presente, en consecuencia, la fe de erratas que quizá inconscientemente el TC apuntó en el FJ analizado.

Con el objetivo de complementar el análisis de la doctrina del Tribunal se ha rastreado el documento que elaboran cuatrimestralmente algunos letrados del TC y que se publica en la prestigiosa *Revista Española de Derecho Constitucional*, para advertir si la doctrina sobre el art. 33.2 LOTC de alguna de estas sentencias resultaba, a expensas de los letrados, relevante. Su lectura confirma que la doctrina de estos seis pronunciamientos no lo es. En este sentido, llama la atención que hayan aludido tan solo a una de ellas, la STC 63/2017,⁴⁵ limitándose simplemente a reseñar el procedimiento conciliatorio relatado por el Tribunal, sin ahondar más en el asunto. De todas formas, la omisión no resulta deliberada: a más de la STC 102/2013, que puede entenderse como “contracara” o “complemento” de la doctrina previa, el TC no ha innovado en absoluto en su doctrina en los pronunciamientos de la muestra.

3.11. Tipo de resolución adoptada por el Tribunal

Categorizar las resoluciones del TC en estos casos no es sencillo. Como se sabe, fuera de los casos de estimación (total) o desestimación, a menudo el pronunciamiento es complejo y variado: inadmisión y estimación parcial;

45. Duque Villanueva, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2017”, 258.

inadmisión, estimación parcial y declaración de pérdida sobrevenida de objeto, etc. Esto motiva que las cifras que se señalen a continuación, fuera de las estimaciones (totales) o desestimaciones, hayan de ser leídas con prudencia.

Tabla 19. Estimaciones/desestimaciones en casos en los que el 33.2 resultó infructuoso

Promotor	Estimaciones	Desestimaciones
Estado	13	4
Cataluña	1	5
Total	14	9

Fuente: Elaboración propia a partir de las SSTC.

El universo de estimaciones se limita al 30,4 % del total de procesos (14/46). Las desestimaciones al 19,56 % (9/46). Cabe resaltar que la STC 174/2013, de 10 de octubre, desestimó el objeto definido por el TC tras inadmitir parte de las impugnaciones y señalar la pérdida sobrevenida de objeto de otras. Algo similar ocurrió en la STC 84/2016, de 28 de abril, en la que la desestimación fue a aquello que no había perdido objeto.

En términos relativos, llama la atención que cuando el promotor fue el Gobierno del Estado, se estimaron el 92,8 % de los casos (13/14) frente al 7,2 % si el promotor fue el *Govern* (1/14). Más equilibradas resultan las desestimaciones: 44,4 % cuando el recurso fue promovido por el Estado (4/9) y 55,6 % cuando lo promovió Cataluña (5/9).

En términos absolutos, sin embargo, las cifras cambian, pero siguen marcando una tendencia centralista por parte del TC. Por un lado, de 32 recursos interpuestos por el Estado, el 40,6 % (13) fueron estimados y el 12,5 % desestimados (4). Por otro lado, de 14 recursos interpuestos por Cataluña, se estimó solo el 7,1 % (1) frente a un 35,7 % de desestimaciones (5).

En cuanto a los demás posibles resultados, advertida ya la forma en la que han de leerse los datos, contamos con 21 estimaciones parciales (13 Estado/8 Cataluña); 6 pérdidas sobrevenidas de objeto (3 Estado/3 Cataluña); 4 inadmisiones parciales (1 Estado/3 Cataluña); 2 casos de desistimiento parcial (Estado); y, por último, 1 caso de desistimiento total (Estado).

Antes de cerrar este epígrafe, cabe recordar que, en ocasiones, el TC acude a la técnica de interpretación conforme para salvar la constitucionalidad de la norma. Esto ha ocurrido en 7/46 de los casos (15,2 %): 3 de estos procesos

fueron impulsados por el Estado y 4 por Cataluña. Agregando estas cifras a las desestimaciones, el resultado sería 7 (4+3) para el Estado y 9 (5+4) para Cataluña. Los datos confirman la tendencia del TC a ser más favorable al Estado, al menos cuando la contraparte procesal es Cataluña.

3.12. Votos particulares

En total, 15/46 sentencias cuentan con votos particulares, ninguna de ellas estimatoria. 3 sentencias desestimatorias y 1 de interpretación conforme contaron también con este tipo de votos.

En cuanto a las/os Magistradas/os que formularon votos o se adhirieron, los datos son los siguientes: Adela Asúa Batarrita (6); María Luisa Balaguer Callejón (6); Cándido Conde-Pumpido Tourón (2); Encarnación Roca Trías (1); Fernando Valdés Dal-Ré (8), y Juan Antonio Xiol Ríos (11). Cabe destacar, por resultar relevante al objeto de este trabajo, que ningún voto particular aludió al procedimiento conciliatorio.

Conclusiones

El procedimiento conciliatorio ha demostrado cumplir más que satisfactoriamente su cometido. Si se agregan los datos de casos de acuerdo total/parcial sin recurso, a nivel general, entre 2000 y 2023 el art. 33.2 LOTC ha limitado el conflicto en prácticamente el 61 % de los casos. Esta cifra se eleva hasta el 72 % cuando la muestra incluye aquellos conflictos resueltos sin acuerdo o sin recurso.

El dato señalado cambia bastante, sin embargo, si se tiene en cuenta el actor: 68 % de casos conciliados bajo invitación estatal frente a menos de la mitad (33 %) cuando invita la comunidad autónoma. Esta cifra demuestra cierta reticencia por parte del Estado a conciliar, al menos en términos abstractos.

La relación jurídica Estado-Cataluña, como se sabe, no ha sido del todo pacífica. Analizando datos totales, la conflictividad-voluntad de conciliación entre ambos entes ha sido, por lejos, la más alta: 128/810 casos del art. 33.2 LOTC.

Islas Canarias, la comunidad autónoma que sigue en la relación, cuenta con 75/810 casos; en definitiva, más de 50 por debajo del caso catalán. Tomando la totalidad del Estado autonómico, la cifra cambia de matiz: los 128 casos catalanes (83 de impulso estatal y 45 de impulso autonómico) representan tan solo el 15,8 % del total de la población.

La cifra de conflicto-voluntad conciliadora Estado-Cataluña ha de ser puesta en relación con la tasa de efectividad. Así, de acuerdo con la muestra de febrero de 2023, de 82 casos impulsados por carta estatal, 49 de ellos fueron resueltos sin recurso, lo que supone una efectividad del 59,75 %. Por su parte, cuando la carta fue autonómica, 29/43 casos se resolvieron sin acudir ante el Tribunal, llegando la efectividad hasta el 67,44 %. Si bien la tasa es superior en el caso autonómico, la verdad es que las cifras quedan prácticamente neutralizadas: la diferencia es tan solo del 7,69 %.

Yendo más allá de la conciliación, se ha visto que la X Legislatura (diciembre 2011-enero 2016) ha sido la más conflictiva en términos jurisdiccionales: 26 recursos interpuestos más allá del art. 33.2 LOTC (18 por el Estado y 8 por Cataluña) que representan el 56,5 % del total (46) entre 2000-2023. En cuanto a los Gobiernos más conflictivos, el estatal presidido por Rajoy encabeza el podio (29/46, 63 %), ocupando la misma posición en Cataluña el *Govern* presidido por Artur Mas (22/46, 47,8 %). Esta es, también, la dupla más conflictiva: llevaron ante el Tribunal Constitucional un total de 17/46 casos (36,9 %).

El estudio de los recursos finalmente interpuestos ante el TC nos muestra que en tan solo 13/44 sentencias se menciona el procedimiento conciliatorio. En 9/13 la mención proviene de la representación catalana, frente a 3/13 en casos de representación estatal. El Tribunal ha evaluado la incidencia del art. 33.2 LOTC en menos de la mitad de los asuntos (6/13), limitándose a 5/13 si su análisis se ha basado en un conflicto entre los dos actores objeto de este trabajo. Que no lo haya hecho en el resto de los casos tiene su justificación: las partes solo mencionaron la conciliación como un hito más del *iter* procesal sin requerir su análisis. Cabe recordar, no obstante, que en un caso reciente (STC 57/2022, de 7 de abril), el TC estudió el 33.2 LOTC *motu proprio*, como cuestión previa, dado que las partes apuraron demasiado los plazos y las fechas resultaron por lo pronto llamativas.

El TC no innova en estos pronunciamientos respecto de la conciliación extrajurisdiccional: la doctrina que se extrae de tan solo una de las sentencias

se limita a ser complementaria de la ya expuesta en la STC 8/2012, de 18 de enero. Así, en la STC 102/2013, de 23 de abril el TC señaló que el ámbito objetivo del recurso puede ser más reducido que el controvertido a lo largo de la conciliación. No se advierte más innovación que esta.

En cuanto al resultado del proceso, se ha advertido en abstracto una tendencia centralista por parte del TC: por un lado, de 32 recursos interpuestos por el Estado, 13 fueron estimados (40,6 %) y 4 desestimados (12,5 %); por otro, de 6 recursos interpuestos por Cataluña, solo 1 fue estimado (el 7,1 %), frente a 5 desestimaciones (35,7 %). La tendencia cobra dimensiones significativas si los datos se analizan de forma relativa: de 14 estimaciones totales, 13 corresponden al Estado (92,8 %) y 1 a Cataluña (7,2 %), y de 9 desestimaciones totales 4 corresponden al Estado (44,4 %) frente a 5 de Cataluña (55,6 %).

Para terminar, resulta obvio que las limitaciones del objeto de este trabajo no permiten hacer un análisis global de casos que han llegado ante el TC. No obstante, la metodología aplicada podría resultar relevante de cara a futuras investigaciones que analicen todos los asuntos finalmente interpuestos ante el Tribunal, al menos para el conjunto de comunidades que integran las categorías conflictividad-voluntad conciliadora alta o media.

Anexo

Tabla 19. Normas impugnadas ante el TC por resultar infructuoso el procedimiento conciliatorio, con indicación de SSTC

Norma impugnada	Procedencia	Sentencia
Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos	Cataluña	14/2013, de 31 de enero
Ley 22/2005, de 28 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña	Cataluña	78/2017, de 22 de junio
Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña	Cataluña	4/2014, de 16 de enero
Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum	Cataluña	51/2017, de 10 de mayo
Ley 35/2010, de 1 de octubre, del occitano, aranés en Arán	Cataluña	11/2018, de 8 de febrero
Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono	Estatal	190/2016, de 15 de noviembre

Más allá de la conciliación: un análisis estructural de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los conflictos Cataluña-Estado no resueltos por el art. 33.2 LOTC

Norma impugnada	Procedencia	Sentencia
Real Decreto Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.	Estatal	182/2013, de 23 de octubre
Real Decreto Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el fondo estatal para el empleo y la sostenibilidad local	Estatal	150/2012, de 5 de julio
Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contratadas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa	Estatal	5/2016, de 21 de enero
Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible	Estatal	174/2013, de 10 de octubre
Ley del Parlamento de Cataluña 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del Texto Refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto	Cataluña	17/2016, de 4 de febrero
Ley del Parlamento de Cataluña 2/2012, de 22 de febrero, de modificación de varias leyes en materia audiovisual	Cataluña	48/2018, de 10 de mayo
Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica de Cataluña	Cataluña	193/2013, de 21 de noviembre
Decreto Ley del Parlamento de Cataluña 6/2013, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del código de consumo de Cataluña	Cataluña	62/2016, de 17 de marzo
Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito	Cataluña	111/2015, de 28 de mayo
Ley del Parlamento de Cataluña 3/2014, de 19 de febrero, de horarios comerciales y de medidas para determinadas actividades de promoción	Cataluña	25/2017, de 16 de febrero
Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña	Cataluña	73/2016, de 14 de abril
Ley del Parlamento de Cataluña 12/2014, de 10 de octubre, del impuesto sobre la emisión de óxidos de nitrógeno a la atmósfera producida por la aviación comercial, del impuesto sobre la emisión de gases y partículas a la atmósfera producida por la industria y del impuesto sobre la producción de energía eléctrica de origen nuclear	Cataluña	74/2016, de 14 de abril
Ley del Parlamento de Cataluña 15/2014, de 4 de diciembre, del impuesto sobre la provisión de contenidos por parte de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y de fomento del sector y la difusión de la cultura digital	Cataluña	94/2017, de 6 de julio
Decreto Ley 7/2014, de 23 de diciembre, por el cual se deroga la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales	Cataluña	157/2016, de 22 de septiembre

Norma impugnada	Procedencia	Sentencia
Ley del Parlamento de Cataluña 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo	Cataluña	54/2018, de 24 de mayo
Ley de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà	Cataluña	108/2017, de 21 de septiembre
Ley de Cataluña 7/2015, de 14 de mayo, de modificación de la Ley 3/2008, del ejercicio de las profesiones del deporte	Cataluña	102/2017, de 20 de julio
Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres	Cataluña	159/2016, de 22 de septiembre
Ley del Parlamento de Cataluña 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso a la actividad económica	Cataluña	19/2017, de 2 de febrero
Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012	Cataluña	4/2019, de 17 de enero
Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética	Cataluña	13/2019, de 31 de enero
Ley de la Generalitat de Cataluña 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña	Cataluña	95/2017, de 6 de julio
Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad	Estatal	18/2016, de 4 de febrero
Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones	Estatal	20/2016, de 4 de febrero
Real Decreto Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo	Estatal	84/2016, de 28 de abril
Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones	Estatal	63/2017, de 25 de mayo
Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012	Estatal	99/2016, de 25 de mayo
Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa	Estatal	33/2018, de 12 de abril
Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema nacional de protección civil	Estatal	58/2017, de 11 de mayo
Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral	Estatal	81/2017, de 22 de junio

Más allá de la conciliación: un análisis estructural de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los conflictos Cataluña-Estado no resueltos por el art. 33.2 LOTC

Norma impugnada	Procedencia	Sentencia
Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial	Cataluña	8/2019, de 17 de enero
Ley del Parlamento de Cataluña 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono	Cataluña	43/2019, de 27 de marzo
Ley del Parlamento de Cataluña 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de Salud	Cataluña	DESISTIMIENTO
Ley del Parlamento de Cataluña 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público, y de creación del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente	Cataluña	186/2021, de 28 de octubre
Ley del Parlamento de Cataluña 8/2020, de 30 de julio, de ordenación del litoral	Cataluña	18/2022, de 8 de febrero
Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda	Cataluña	57/2022, de 7 de abril
Decreto Ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la covid-19	Cataluña	28/2022, de 24 de febrero
Decreto Ley de la Generalitat de Cataluña 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler	Cataluña	118/2022, de 29 de septiembre
Ley de la Generalitat de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016 para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda	Cataluña	SIN SENTENCIA
Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.	Estatal	158/2021, de 16 de septiembre

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del MPT y del TC.

Bibliografía

- Albertí Rovira, E. “Las relaciones de colaboración entre Estado y las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 14 (1985): 135-180.
- Arbós i Marín, X. “Acuerdos prejudiciales y conflictos intergubernamentales sobre normas con rango de ley”. *Teoría y Realidad Constitucional* 34 (2014): 129-154.
- Arroyo Gil, A. *Distribución y delimitación de competencias*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Carranza, G. G. *La lealtad federal en el sistema autonómico español*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.
- Casas i Rondoní, M. “La Comissió Bilateral Generalitat-Estat: regulació i activitat pràctica”. *Revista Catalana de Dret Públic* 42 (2011): 335-365.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. “Un balance sobre la conflictividad y la cooperación en la resolución de las controversias competenciales”. En C. Colino, coord., *Retos de la gobernanza multinivel y la coordinación del Estado autonómico: de la pandemia al futuro*, 149-181. Madrid: INAP, 2021.
- Digón Martín, Raül, Eva Torras Sagristà, Gisela Monterde Vives, i Marta Reverter Pellicer. “Dues dècades de negociacions a la Comissió Bilateral Generalitat-Estat per resoldre controvèrsies competencials per la via de l'article 33.2 de la LOTC. Anàlisi, balanç i perspectives de futur”. *Revista Catalana de Dret Públic* 63 (2021): 137-165.
- Duque Villanueva, J. C. “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2017”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 111 (2017): 257-304.
- Gabaldón, J. “Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional* 4 (1999): 13-89.
- García Morales, M. J. “Los instrumentos de las relaciones intergubernamentales”. *Activitat Parlamentària* 15 (2008): 48-62.
- García Roca, J. “Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional* 4 (1999): 13-89.
- González Beilfuss, M. “La resolución extrajudicial de las discrepancias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas: el mecanismo del artículo 33.2 de la LOTC”. *Informe Comunidades Autónomas 2007* (2008): 17-45.
- Guillén Caramés, J. “Artículo 149.1.13.ª”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, y M. E. Casas Baamonde, dirs., *Comentarios a la Constitución Española*, tomo II, 1331-1340. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.
- Ibáñez Buil, P. *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias. Un estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC, 202.
- Jiménez Campo, J. “Política de la constitucionalidad (una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 59 (2000): 11-27.
- Latorre Vila, L. “¿Competencia legislativa de las Comisiones Bilaterales de cooperación?: el acuerdo de la Comisión Bilateral de cooperación Aragón-Estado en relación con la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad* 6 (2013): 80-100.

- Montilla Martos, J. A. “La solución política a las controversias competenciales. A propósito de la LO 1/2000, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 12-13 (2000-2001): 113-136.
- París Domènech, N. “Les relacions institucionals de la Generalitat en la Sentència sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya”. *Revista Catalana de Dret Públic*, Extra 1 (2010): 392-403.
- Pemán Gavín, J. “Artículo 149.1 y 149.1.1.ª. La cláusula de igualdad en las condiciones básicas”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, y M. E. Casas Baamonde, dirs., *Comentarios a la Constitución Española*, tomo II, 1212-1224. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.
- Pérez Velasco, M. del Mar. “Comentari de la Sentència del Tribunal Constitucional que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat pel PP contra l'Estatut d'autonomia de Catalunya: Comissió Bilateral Generalitat-Estat (art. 183 EAC)”. *Revista Catalana de Dret Públic*, Extra 1 (2010): 385-391.
- Ridaura Martínez, M. J. “Comisiones bilaterales de cooperación y nuevos Estatutos de Autonomía”. En J. García Roca, y E. Albertí Rovira, coords., *Treinta años de Constitución*, 255-274. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- . “Las comisiones bilaterales de cooperación en el sistema autonómico español”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 60-61 (2007): 65-84.
- Roig Molés, E. “Contenido y eficacia de los acuerdos de las Comisiones Bilaterales en el procedimiento del artículo 33.2 LOTC”. *Informe Comunidades Autónomas* 2015 (2016): 39-70.
- Ruiz González, J. “La cooperación intergubernamental en el Estado Autonómico: situación y perspectivas”. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 15 (2012): 287-328.

Col·laboracions en aquest número

Santiago M. Álvarez Carreño

Llicenciat en Dret per la Universidad de Murcia, amb premi extraordinari de fi de carrera, i doctor en Dret amb premi extraordinari i menció internacional, actualment és catedràtic de Dret Administratiu en aquesta universitat. És autor de nombroses publicacions en matèries relacionades amb drets fonamentals, dret de la Unió Europea, dret d'aigües i dret ambiental. Ha estat ponent a congressos nacionals i internacionals i ha impartit conferències a diverses universitats nacionals i estrangeres. IP en projectes de recerca, és membre de l'Asociación Española de Derecho Ambiental (ADAME), de l'Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA) i investigador associat del Centre d'Estudis Ambientals de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona (CEDAT).

Gonzalo G. Carranza

Professor ajudant i doctor de Dret Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, ha estat investigador postdoctoral (UC3M), professor doctor (UNIR) i contractat FPI (UAM). La seva tesi doctoral, "La lealtad federal en el Estado autonómico español", va ser guardonada amb el premi Manuel Giménez Abad per a treballs de recerca sobre la descentralització territorial i política. Ha realitzat estades de recerca a Alemanya (Humboldt-Universität zu Berlin i Ludwig-Maximilians-Universität München, com a becar del DAAD), Àustria (Universität-Wien) i Mèxic (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM). En l'àmbit professional, ha estat lletrat del contenciós administratiu al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina), així com vocal assessor del secretari d'Estat de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales.

Mercè Corretja i Torrents

Directora del Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya del 3 de maig de 2022 al 23 de gener de 2024, advocada de la Generalitat i doctora en dret per la Universitat de Barcelona. Ha ocupat diversos càrrecs amb anterioritat com ara cap de l'Àrea de Desenvolupament Autòmic de l'Institut d'Estudis

Autonòmics, directora general de Contractació Pública i directora general de Drets i Assumptes Constitucionals, entre d'altres. Durant 18 anys ha estat professora associada de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra. És autora de nombroses publicacions en l'àmbit del dret administratiu, l'autogovern i els drets lingüístics.

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Catedràtic de Dret Constitucional a la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), és llicenciat en Dret per la mateixa universitat i en Ciències Polítiques i Sociologia per la UNED, i doctor europeu en Dret Constitucional amb la tesi "Unidad económica y descentralización política: libre circulación de mercancías y control judicial en EE. UU. y en la Unión Europea", que va obtenir el premi Europa de la Comunidad de Madrid. Ha estat vicedegà de Recerca i Transferència, i actualment ho és de Professorat. Així mateix, ha estat lletrat del Tribunal Constitucional i director general de Règimen Jurídico Autonómico y Local al Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Entre les seves publicacions destaquen els llibres *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, *Mercado nacional único y Constitución* i *El sistema europeo de distribución de competencias*, així com un centenar d'articles a revistes indexades i capítols de llibres sobre temes constitucionals vinculats amb la distribució territorial del poder, el dret de la Unió Europea, la regulació econòmica, les llibertats bàsiques del mercat interior, els drets socials o l'ordre europea de detenció i entrega.

María Jesús García Morales

Professora titular de Dret Constitucional a la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), és doctora en Dret per la Universitat de Barcelona (UB) amb menció de Dret Europeu. La seva tesi doctoral, *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica* (McGraw Hill, 1998), va rebre el premi extraordinari de doctorat. Ha estat investigadora convidada a l'Institut Max Planck de Dret Públic Comparat i Dret Internacional de Heidelberg (Alemanya) i a la Universitat Humboldt de Berlín (Alemanya), així com als Instituts de Federalisme a Friburg (Suïssa), Innsbruck (Àustria) i Hannover (Alemanya). Entre les línies de recerca preferents, destaca el federalisme comparat i, en particular, les relacions de cooperació intergovernamental. Se'n pot consultar una selecció de publicacions al web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=106688>.

Alicia González Alonso

Professora contractada de Dret Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, és actualment lletrada d'adscripció temporal al Tribunal Constitucional. La seva tesi "La protección jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 CE" va obtenir els premis extraordinari de doctorat i Nicolás Pérez Serrano del Centro d'Estudios Políticos y Constitucionales. Ha estat subdirectora del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la UAM i, actualment, és secretària acadèmica de *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ha format part de diversos projectes de recerca competitius referits a aspectes centrals del dret constitucional. La seva activitat investigadora s'ha centrat en l'estudi dels drets fonamentals i, més concretament, en la protecció jurisdiccional. A la Facultat de Dret de la UAM ha assumit els càrrecs de vicedegana per al pràcticum, subdirectora del Departament de Dret Públic i Filosofia Jurídica, i delegada del rector en programes de prevenció i mediació. Les seves publicacions es poden consultar al web dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=209618.

Carles López Picó

Graduat en Dret i Ciències Polítiques per la Universitat Pompeu Fabra i màster en Dret Constitucional pel Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, actualment és doctorand i investigador en formació a la Facultat de Dret de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) amb un contracte FPI. Els seus temes de recerca se centren en la distribució competencial en estats descentralitzats i, especialment, en la relació entre autonomia política i igualtat de drets. Més enllà de l'àmbit acadèmic, ha participat a diversos òrgans directius d'entitats del tercer sector; en l'actualitat, com a president de la Plataforma d'Infància.

Galder Sierra Zapirain

Doctor en Ciència Política per la Universidad del País Vasco o Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), actualment exerceix com a docent i investigador a la Facultat de Ciències Socials i de la Comunicació d'aquesta universitat, pel Departament de Ciència Política i de l'Administració. Entre les seves línies de recerca principals hi ha els moviments socials, els processos sobiranistes, el comportament electoral i el populisme, temàtiques sobre les quals ha publicat diversos treballs. Així mateix, és membre del grup de recerca consolidat "Parte Hartuz", i es dedica específicament a l'àmbit dels estudis sobre sobirania.

Blanca Soro Mateo

Catedràtica de Dret Administratiu de la Universidad de Murcia (UMU), és directora del CEBES i codirectora, amb Txetxu Ausín, de la unitat associada de l'R+D+I al CSIC sobre biodret, ètica, salut i organitzacions. Codirigeix amb el Dr. Álvarez Carreño el grup de recerca BIO-DRET AMBIENTAL (BIDA), i és coordinadora del màster en Biodret de la UMU i consellera del Consejo Jurídico de la CARM. Després de la realització del doctorat i l'especialització en dret ambiental a la Universidad Carlos III, va iniciar els seus treballs de recerca sobre dret ambiental a la UMU. És autora de nombroses publicacions (orcid.org/0000-0003-2007-0279), dirigeix projectes de recerca i regionals rellevants, i forma part de diverses xarxes de recerca, en què destaca Climalex CNRS (Paris I-Sorbonne).

Marcos Vaquer Caballería

Catedràtic de Dret Administratiu de la Universidad Carlos III de Madrid i director del màster en Estudios Avanzados de Derecho Público. Llicenciat en Dret i en Ciències Econòmiques i Empresariales per la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE) i doctor en Dret per la Universidad Carlos III de Madrid, és autor de set monografies i de prop de cent articles i col·laboracions en llibres col·lectius, la majoria accessibles a Academia.edu o a Researchgate.net. Ha estat director general d'Urbanisme i Política de Sòl del Ministerio de Vivienda, sotssecretari d'Habitatge, president de l'Entidad Pública Empresarial de Suelo SEPES, i membre del *bureau* del Comitè d'Habitatge i Gestió de Sòl de la Comissió Econòmica per a Europa (UNECE) de Nacions Unides.



**SECCIÓ MONOGRÀFICA – ELS NOUS DRETS DE LA CIUTADANIA
I LA SEVA AFECTACIÓ EN EL REPARTIMENT COMPETENCIAL**

**Presentación: Nuevos derechos y distribución competencial.
Visión general y análisis de casos**

María Jesús García Morales

**Genealogía del artículo 149.1.1 CE: paralelismos, confusiones
y nuevos usos**

Carles López Picó

**Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso
de la laguna del Mar Menor**

Blanca Soro Mateo, Santiago M. Álvarez Carreño

El derecho a la vivienda y las competencias estatales

Marcos Vaquer Caballería

La protección social en el Estado autonómico

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

**Igualtat i repartiment competencial entre l'Estat i les comunitats
autònomes en la regulació dels drets a la salut sexual i reproductiva**

Mercè Corretja i Torrents

**Violencia de género y solapamientos competenciales entre el Estado
y las comunidades autónomas**

Alicia González Alonso

SECCIÓ GENERAL

**Cambios en la sociedad de Irlanda del Norte y factores a favor
de la reunificación de la isla: ¿más allá de la identidad y la religión?**

Galder Sierra

**Más allá de la conciliación: un análisis estructural de la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los conflictos
Cataluña-Estado no resueltos por el art. 33.2 LOTC**

Gonzalo G. Carranza

ISSN 1886-2632

