

**LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA
Y LA ADOLESCENCIA DESDE
UN PUNTO DE VISTA
COMPETENCIAL: EVOLUCIÓN
Y LÍMITES TRAS LA LEY ORGÁNICA
8/2021, DE 4 DE JUNIO**

BORJA SÁNCHEZ BARROSO

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. III. LA LOPIVI Y EL ÁMBITO EDUCATIVO (149.1.30.^a CE). IV. LA LOPIVI Y EL ÁMBITO SANITARIO (149.1.16.^a CE). V. LA LOPIVI Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (149.1.18.^a CE). VI. UN PUNTO CRÍTICO: EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES BÁSICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (149.1.1.^a CE). VII. SOLUCIÓN POLÍTICA PROVISIONAL Y PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACIÓN FUTURA. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

Fecha recepción: 26.10.2021
Fecha aceptación: 19.04.2022

LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA COMPETENCIAL: EVOLUCIÓN Y LÍMITES TRAS LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO

BORJA SÁNCHEZ BARROSO¹

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIVI) ha venido a completar el marco jurídico aplicable a la protección jurídica de niños y adolescentes en España. Lo ha hecho más de treinta años después de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) y veinticinco después del que es considerado el «*bito normativo fundamental*» para su desarrollo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM)². Desde entonces, diversas leyes han ido introduciendo modificaciones al sistema español de protección de la infancia y la adolescencia³, con impacto en normas generales tan variadas como las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, el Código Civil o la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras. No obstante, en ese complejo entramado normativo, las citadas LOPIVI y LOPJM constituyen sin duda las piedras angulares del sistema.

¹ Profesor colaborador asistente de Derecho Constitucional. Departamento de Disciplinas Comunes. Universidad Pontificia Comillas (ICADE), Alberto Aguilera 23. 28015. Madrid. Email: borja-sanchezbarroso@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8685-2666>.

² Álvarez Vélez, M. I. y De Montalvo Jääskeläinen, F. (2013). «La protección del menor como víctima frente al derecho constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria». *Derecho Privado y Constitución*, 27, 255.

³ Nos referimos a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

Aunque la LOPIVI amplía los derechos específicamente reconocidos a niños y adolescentes, los deberes de otros sujetos y los mandatos dirigidos a los poderes públicos (en torno a tres grandes ejes de sensibilización, prevención y detección precoz), ambas normas abordan contenidos análogos y guardan sobre todo una importante similitud estructural⁴. Por ello, llama la atención un rasgo diferenciador entre ambas: los títulos competenciales a favor del Estado en que las propias normas dicen basarse. En el caso de la LOPJM, los títulos esgrimidos para dar cobertura a la ley son los establecidos en los arts. 149.1.8.^a CE (sobre legislación civil) y, en menor medida, 149.1.2.^a, 5.^a y 6.^a CE (sobre nacionalidad, inmigración y extranjería, administración de justicia y legislación procesal). El resto son calificados por la LOPJM como legislación supletoria en materia de asistencia social (por aplicación de los arts. 149.3 *in fine* y 148.1.20.^a CE) o como preceptos orgánicos, para los cuales la norma no cita ningún título de cobertura especial (considerando, parece, que encuentran amparo suficiente en el art. 81 CE)⁵. En cambio, la LOPIVI menciona títulos mucho más variados y complejos, como detalla su extensa Disposición final decimoctava. El conjunto de la norma apela a los arts. 149.1.^a, 2.^a y 18.^a CE (el primero y el tercero no mencionados siquiera en la LOPJM), mientras que el art. 149.1.8.^a CE solo es invocado para dar cobertura a su Disposición final segunda, que modifica el Código Civil en materia de separación, nulidad y divorcio.

Además de esta significativa diferencia «sobre el papel», la cuestión competencial resultó uno de los puntos más controvertidos en el procedimiento de elaboración de la LOPIVI, hasta el punto de motivar importantes cambios de voto de diversos Grupos Parlamentarios. A pesar de que la mayoría de los grupos se encontraba de acuerdo con el contenido y la necesidad de la norma, la cobertura competencial (o la falta de ella según algunos grupos) casi resulta un escollo insalvable para obtener el amplio consenso perseguido. De hecho, como se verá más adelante, no fue hasta el día mismo de la votación plenaria en el Senado cuando, ya iniciado el debate, fueron presentadas dos enmiendas transaccionales para solucionar el problema. En paralelo, la recurrente reticencia del Estado para ejercer sus competencias en materia de protección de menores (sobre todo extranjeros no acompañados o menores próximos a la mayoría de edad) en Ceuta, Melilla o Canarias, también han puesto el foco sobre la problemática distribución competencial existente en este ámbito⁶.

⁴ Vid. in extenso Álvarez Vélez, M. I. (2016). «El sistema normativo español sobre protección de menores», en Martínez García, C. (coord.). *Tratado del Menor la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 130-138.

⁵ Véase la Disposición final vigésima primera de la LOPJM. La interpretación del art. 81 CE como norma competencial, más que como pieza del sistema de fuentes, ha sido discutida por parte de la doctrina (Barceló i Serramallera, M. (2005). *La Ley Orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Barcelona, Atelier, 50-51). No obstante, ha sido expresamente descartada por el Tribunal Constitucional, que apela a no confundir su origen, evolución y fundamento, pese a su posible interpretación sistemática de los arts. 81 y 149 CE (STC 173/1998, de 23 de julio, F. J. 7).

⁶ Véanse las insistentes recomendaciones y quejas del Defensor del Pueblo en relación con estas dos cuestiones, en Defensor del Pueblo (11 de mayo de 2021). «El Defensor reclama al Ministerio de

A la vista de estas controversias y de la evolución apreciada entre la LOPJM y la LOPIVI, resulta necesario profundizar en el alcance de los títulos competenciales existentes a favor del Estado y de las Comunidades Autónomas (CC.AA.) para la protección a la infancia y la adolescencia. Para ello, partiremos del marco constitucional y estatutario aplicable (Apartado II). En segundo lugar, analizaremos el contenido de la LOPIVI y su compleja cobertura competencial, mediante un deslinde crítico de las competencias estatales y autonómicas en la materia (III a VI). Finalmente, señalaremos cómo se han resuelto provisionalmente estos problemas y apuntaremos posibles criterios de interpretación para una adecuada distribución de competencias en el futuro (VII), para resumir en las conclusiones los hallazgos principales de nuestro análisis (VIII).

II. LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

La necesaria protección a la infancia y la adolescencia, que en este último caso la Constitución suele calificar como protección a la juventud, ha sido reflejada expresamente en diversas disposiciones constitucionales⁷. La primera de ellas contiene una referencia indirecta, como límite externo a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20 CE (art. 20.4 CE). Las siguientes establecen mandatos a los poderes públicos en forma de principios rectores de la política social y económica (protección de la familia y de los hijos, protección de los niños, promoción de la participación de la juventud...), y equiparan el nivel de protección a la infancia con el establecido en los acuerdos internacionales ratificados por España, entre los cuales destaca la ya citada CDN de 1989 (arts. 39 y 48 CE)⁸. Además de los anteriores, existen derechos implícitamente referidos a la infancia y la adolescencia, como el derecho a la educación incluido en el art. 27 CE y otros que, sin estar limitados a los menores de edad, presentan particularidades cuando afectan a la población menor. Por ejemplo, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), el derecho a la salud (art. 43.1 CE),

Derechos Sociales actuaciones para mejorar la protección de los menores extranjeros no acompañados», disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/ninos-ninas-solos/>, última consulta: 18-10-2021.

⁷ La Constitución contiene la semilla lingüística y conceptual de la actual diferenciación entre niños y adolescentes, al referirse por separado a los niños y a la juventud (arts. 20.4, 39.4 y 48 CE), por oposición a los «menores de edad». Solo se emplea implícitamente el concepto de menor edad por oposición a la mayoría de edad (12 CE) y, de forma expresa, en relación con la Corona (arts. 59 y 60 CE).

⁸ Según una interpretación literal del art. 20.4 CE, la protección de la juventud y la infancia sería un derecho, merced a la preposición «a» que lo precede («Estas libertades tienen su límite [...] en el derecho [...] a la protección de la juventud y de la infancia»), aunque los arts. 39 y 48 CE no lo mencionen expresamente. La configuración de la protección a la infancia y la adolescencia como derecho influye positivamente en su cobertura competencial a la luz del art. 149.1.1ª CE (vid. infra Apartado VI).

la educación sanitaria, física y el deporte (art. 43.3 CE), la protección de las personas con discapacidad (art. 49 CE) o la defensa de consumidores y usuarios (art. 51 CE).

En ninguna de estas ocasiones, en cambio, la Constitución precisa quiénes son los poderes públicos competentes para garantizar estos derechos o la protección de la infancia y la juventud en general⁹. Al acudir al marco general de distribución de competencias previsto en el Título VIII CE, tampoco encontramos una respuesta clara, puesto que la infancia o la juventud no aparecen mencionadas en los arts. 148 y 149 CE. Estos solo mencionan materias u ámbitos generales con una incidencia indirecta en la protección de menores (deporte y ocio, asistencial social, sanidad e higiene, desarrollo del art. 27 CE...). A la vista del marco constitucional, por tanto, la protección a la infancia y la adolescencia no tendría, desde el punto de vista competencial, una sustantividad propia. Solo existiría como concepto asociado a otras materias o sectores¹⁰.

Ante el aparente silencio constitucional, los Estatutos de Autonomía (EE.AA.) de las diversas CC.AA. no tardaron en consagrarla como materia autónoma de competencia autonómica, al amparo del título sobre asistencia social previsto en el artículo 148.1.20 CE¹¹ o de la primera cláusula residual del art. 149.3 CE¹². Esta asunción inicial se encontraba ligada así, en la mayoría de los casos, a la protección de niños especialmente vulnerables o en desamparo: los EE.AA. se referían a la competencia sobre «protección y tutela de menores»¹³ o, de forma todavía más explícita, sobre las «instituciones públicas de protección y tutela de menores»¹⁴. En el caso de la ado-

⁹ Deben tenerse en cuenta también las competencias de la Unión Europea, con posible incidencia sobre la protección de niños y adolescentes. Piénsese por ejemplo en las normas sobre seguridad de los juguetes, de los productos alimentarios para lactantes, etc. Su análisis excede el objeto de este artículo.

¹⁰ Al analizar la asunción de una genérica competencia autonómica sobre «menores» por parte de Cataluña, el Tribunal Constitucional asumió implícitamente que se trataba de una materia no incluida en el art. 149.1 (STC 31/2010, de 28 de junio, F. J. 33.b).

¹¹ Martínez García, C. (2020). «Distribución territorial de competencias en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia en España: el encuadre normativo de la pobreza infantil en nuestra legislación», *Presupuesto y gasto público*, 98, 113 y ss.

¹² Álvarez Vélez, M. I. (2016), op. cit., 139-148.

¹³ Véanse los EE.AA. iniciales de Asturias y Castilla-La Mancha (este último también incluye una competencia específica para la «*promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación*»). Ambos son analizados en Ravetllat Ballesté, I. (2007). «Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general)», *Revista de Derecho UNED*, 2, 87 y ss.. Un estudio comparado sobre los diversos EE.AA. puede encontrarse en Ministerio de Política Territorial y Administración Pública (2011). *Estatutos de autonomía por materias*. Madrid, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, 16 y 314.

¹⁴ Véanse los EE.AA. iniciales de Andalucía, Baleares, Canarias, Cataluña, Navarra (nos referimos a la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra), Comunidad Valenciana o País Vasco. Según algunos autores, llama la atención la incongruencia entre el progresivo reflejo de la protección a la infancia en muchos de estos EE.AA. como principio rector y su paralelo reconocimiento como derecho en la legislación autonómica de desarrollo

lescencia, los EE.AA. solían contener fórmulas similares al art. 48 CE, centrado en promover la participación de la juventud a todos los niveles¹⁵.

Tras este momento inicial, una nueva ola de asunción de competencias autonómicas sobre infancia y adolescencia coincidió temporalmente con la aprobación de la LOPJM, en 1996¹⁶. Siguiendo la estela de esta última, los EE.AA. siguieron contemplando a los menores como objeto de especial protección, junto con otros colectivos vulnerables¹⁷. Las numerosas leyes autonómicas de servicios sociales y de protección de menores aprobadas en estas primeras décadas de vida constitucional también fueron en la misma dirección¹⁸. De esta forma, se fue dibujando una distribución de competencias entre Estado y CC.AA. que mimetizaba la concepción sustantiva de los «menores de edad»: hijos y miembros de una familia, que legitimaban la intervención estatal para establecer la legislación civil (a la que apelaba, como dijimos, la propia LOPJM); y objetos de protección, con un foco particular en las situaciones de especial vulnerabilidad, para justificar la intervención autonómica al amparo de títulos referidos a la asistencia social y la tutela de menores.

Posteriormente, la segunda gran fase de reformas estatutarias iniciada en el año 2006 (el «segundo proceso autonómico» como se ha llamado o los EE.AA. de segunda generación) supuso, como es sabido, un cambio importante en el modelo territorial español¹⁹. Este cambio también afectó, aunque no se ha puesto el foco sobre ello hasta ahora, a las competencias específicas en materia de infancia y adolescencia.

(López Menudo, F. (2008). «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, 73, 104-105).

¹⁵ Véanse los EE.AA. iniciales de Andalucía, Aragón o Extremadura. Otros EE.AA. se referían, de forma más escueta, a la competencia sobre «juventud» o sobre «política juvenil» (Asturias -tras su reforma en 1994-, Baleares, Cantabria, Cataluña, Murcia, Navarra, La Rioja, Comunidad Valenciana o País Vasco).

¹⁶ Véanse los EE.AA. de Aragón (tras su reforma en 1996), Cantabria (1998), Castilla y León (1999), Madrid (1998), Murcia (1998) o La Rioja (1999). Algunos estudios apuntan a la estrecha relación entre el progresivo de una «sociedad del riesgo» y la exigencia de una mayor protección a la infancia. Por ejemplo, sobre este aspecto en el EE.AA. de Aragón y su desarrollo posterior (tras su reforma de 2007), véase Mesa Raya, C. (2008). «El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón: un análisis socio-jurídico», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 33, 247-280.

¹⁷ Véanse las cláusulas competenciales empleadas en los EE.AA. de la Comunidad Valenciana —1982— (art. 31.27) o Murcia en 1998 (art. 10.1.18). Se trataba para algunos de un tratamiento diferenciado justificado, a modo de discriminación positiva, propio de un Estado social (Ruiz-Rico Ruiz, G. (2002). «El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 28).

¹⁸ Vid. in extenso Álvarez Vélez, M. I. (2016), op. cit. pp. 148-156.

¹⁹ Entre otros Cruz Villalón, P. (2006). «La reforma del Estado de las Autonomías», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 2, 79 y ss.; o Tudela Aranda, J. (2011). «¿Reforma constitucional en clave federal? (sistematización de problemas generados por las reformas y posibles soluciones)», *Revista de Estudios Políticos*, 155, 232. En contra, se ha defendido que «estos cambios en los Estatutos no han supuesto modificaciones profundas en nuestro Estado de las Autonomías» (Biglino Campos (2011), «La reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver», *Corts Anuario de Derecho Parlamentario*, 25, 22).

Adoptando por fin el cambio de paradigma introducido en la CDN, que tanto tardó en afianzarse en España²⁰ y en paralelo al establecimiento de listas de derechos en los propios EE.AA. —algunos de ellos específicamente dirigidos a la población menor—, los niños y adolescentes pasaron de ser un simple objeto de protección a auténticos sujetos de derechos²¹. Este enfoque de derechos produjo a su vez un cambio inesperado: la modificación de los títulos competenciales referidos a infancia y adolescencia en los diversos EE.AA. reformados²². Dichos títulos pasaron a referirse, de forma mucho más amplia, a la promoción de los derechos de niños y adolescentes o a la competencia exclusiva sobre «menores», sin abandonar en algunos casos una referencia específica a su protección²³.

Este efecto colateral observado a nivel autonómico ha encontrado, con la LO-PIVI, su reflejo en las competencias estatales en materia de infancia y adolescencia, tal y como refleja su compleja e inédita Disposición final decimoctava²⁴. No es una consecuencia directa de las citadas reformas estatutarias: los EE.AA. no son, contrariamente a lo que señala la propia LOPIVI, parte del «cuerpo constitucional» ni pueden influir en la interpretación de las competencias estatales, que solo la Constitución configura²⁵. Es fruto, aunque tardío, del cambio de paradigma señalado con

²⁰ En 2002, el Comité de los Derechos de los Niños seguía alentando a España «a que aplique plenamente la legislación utilizando el enfoque basado en los derechos, y de conformidad con la Convención», en línea con la voluntad manifestada por España en sus informes.

²¹ La influencia de la CDN también se proyecta sobre la propia Constitución, hasta el punto de que podríamos hablar de cierta mutación constitucional en el significado de las expresiones «niños» o «juventud». La Constitución española ya anticipaba este enfoque de derechos al señalar, en su art. 39.4, que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». La progresiva construcción del niño como auténtico sujeto de derechos ha sido analizada en Ramiro, J. (2016). «Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia», *Revista de Derecho Político*, 95, 128 y ss.

²² Con atención especial al caso catalán, Ravertlat Ballestré, I. (2015). «Competencias autonómicas en materia de atención a la infancia y la adolescencia: estudio al hilo del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 21, 159-201.

²³ Véanse los EE.AA. de Andalucía en 2007 (arts. 61 y 74), Aragón en 2007 (art. 71.34ª a 39ª), Cataluña en 2006 (art. 166.3) o Extremadura en 2011 (art. 9.26). Algunos EE.AA han incorporado estas competencias más recientemente (EE.AA. de Canarias en 2018, arts. 146 y 147). En otros, las competencias sobre infancia y adolescencia permanecieron casi inalteradas (por ejemplo, EE.AA. de la Comunidad Valenciana de 2006, art. 49.1.25 y 27), pero el posterior desarrollo legal sí asumió una interpretación amplia de los títulos autonómicos (véanse las Leyes 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia, o 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, ambas de la Comunidad Valenciana). Un resumen del desarrollo autonómico en Alemán Bracho, C. (2014). «Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España», *Revista de Derecho Político*, 90, 114-119.

²⁴ La Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 54/2007 siguieron acogiendo al título estatal sobre legislación civil, como también hizo la Ley 26/2015 (en este último caso con tímidas referencias al art. 149.1.1ª CE, para cuestiones puntuales -autonomía del paciente y familias numerosas-).

²⁵ Formar parte del «bloque de constitucionalidad» o desempeñar funciones materialmente similares a las que realiza una Constitución no dota a los EE.AA. de naturaleza constitucional (STC 18/1982, de 4 de mayo). In extenso Ortega Álvarez, L. (2010). «La posición de los Estatutos de Auto-

anterioridad —los menores como sujetos de derechos— y la influencia que la CDN tiene sobre la propia Constitución²⁶.

En ese sentido, la Disposición final decimoctava de la LOPIVI menciona dos grandes grupos de títulos competenciales estatales para justificar su contenido. Por un lado, tres títulos transversales que darían cobertura al conjunto de la norma: los apartados 1, 2 y 18 del art. 149.1 CE. Por otro lado, títulos competenciales específicos, para dar cobertura a partes concretas de la norma²⁷. La mayoría de estos últimos no resultan especialmente problemáticos, pues se refieren a materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la totalidad de la materia (por ejemplo, los arts. 149.1.5.^a, 6.^a o 7.^a CE). También, como no, el tradicional art. 149.1.8.^a sobre legislación civil, aunque solamente invocado en esta ocasión para modificar el Código Civil. Otros títulos específicos, en cambio, sí merecen ser analizados con mayor detalle, pues remiten a competencias compartidas entre Estado y CC.AA., con fronteras no siempre sencillas de trazar a la hora de distribuir y delimitar las competencias de cada ente en materia de protección²⁸. En ellos centraremos la primera parte de nuestro análisis.

III. LA LOPIVI Y EL ÁMBITO EDUCATIVO (149.1.30.^a CE)

Como derecho fundamental en sentido estricto, el derecho a la educación sólo puede ser desarrollado por Ley Orgánica, al menos en lo que se refiere a su contenido esencial. Ello presenta desafíos específicos, relativos a la reserva de Ley Orgánica. Determinados aspectos, sin embargo, pueden ser regulados por leyes ordinarias o normas reglamentarias, lo que abre la puerta a posibles conflictos competenciales. De hecho, al ser un derecho de prestación que las CC.AA. aseguran en la práctica, se trata de una de las materias en las que mayor margen de actuación tienen las CC.AA., sin perjuicio de su necesaria colaboración con el Estado y su sujeción a la legislación básica.

En relación con estos aspectos, el punto de partida para un adecuado análisis competencial es el art. 149.1.30.^a CE. Se trata de un título amplia y tempranamente

nomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90, 267-285.

²⁶ Sobre los problemas generados hasta ahora por la sola invocación de los títulos relativos a la legislación civil, vid. De Palma Del Teso, A. (2007). «Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 5, 421 y ss.

²⁷ Un análisis global de la jurisprudencia constitucional en materia competencial se encuentra en Tribunal Constitucional, «Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (Prontuario)», (abril de 2018), disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Jurisprudencia%20en%20materia%20competencial.pdf>, última consulta: 22/10/2021.

²⁸ Sobre la pertinente diferencia entre distribución y delimitación, Arroyo Gil, A. (2019). *Distribución y delimitación de competencias*, Madrid, Marcial Pons, 34-44.

analizado por la doctrina, cuyo fundamento es evitar diferenciaciones injustificadas y dejar al Estado marcar las líneas fundamentales de la educación, vinculando así al legislador autonómico²⁹. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la segunda parte de este artículo «*debe entenderse en el sentido de que corresponde al Estado la función de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la CE*»³⁰.

La amplia asunción de competencias por las CC.AA., más allá de estos principios generales, y los continuos conflictos competenciales en torno a esta materia, también han sido frecuentemente analizados por la doctrina³¹ y por el propio Tribunal Constitucional, en con decisiones marcadamente casuísticas que no siempre contribuyen a aclarar a nivel teórico el concepto de «legislación básica» en materia educativa³². Sin embargo, un criterio común se repite: la necesidad de que el Estado no agote la regulación de la materia, dejando margen suficiente para su desarrollo posterior. Se ha avalado así la normativa básica estatal cuando «*contempla espacio para el desenvolvimiento y el ejercicio de las competencias autonómicas*» y deja «*un margen de desarrollo a las Comunidades Autónomas*»³³, o cuando «*no agota el campo normativo, sino que, por el contrario, prevé expresamente la existencia de un complemento de los contenidos de las asignaturas troncales, a establecer por las Comunidades Autónomas*» y la «*competencia autonómica queda condicionada solo parcialmente*»³⁴.

A la vista de estas consideraciones generales, parece difícil negar el carácter básico de algunas de las disposiciones contenidas en la LOPIVI sobre educación, que las hace fácilmente encuadrables en las competencias del Estado. Por ejemplo, el art. 30 LOPIVI, que recoge principios generales aplicables al sistema educativo, el art. 33 LOPIVI, que impone la inclusión de una formación mínima en los currículos educativos (en materia de derechos, seguridad y responsabilidad digital) o los arts. 36 y 37 LOPIVI en relación con la enseñanza universitaria. Dichos artículos prevén una mayor implicación de la educación superior en las estrategias de erradicación de la violencia, a través de una mayor formación, docencia e investigación en la materia,

²⁹ Entre otros, López Guerra, L. (1983). «La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, 293-333; Diego Casals, J. L. (1989). *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de educación: su definición constitucional estatutaria y jurisprudencial*, Vitoria, Instituto Vasco de Administración Pública; o Aragón Reyes, M. (2013). «Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 191-199.

³⁰ STC 77/1985, de 27 de junio, F. J. 15.

³¹ Por todos, Sáenz Royo, E. (2021). «La financiación de la educación en el Estado autonómico y su coherencia con la distribución de competencias educativas». *Revista de Derecho Político*, 111, 46-76.

³² Entre otras, SSTC 87/1983, de 27 de octubre; 77/1985, de 27 de junio; 131/1996, de 11 de julio; STC 47/2005, de 3 de marzo; 212/2012, de 14 de noviembre; 24/2013, de 31 de enero; 14/2018, de 20 de febrero; 31/2018, de 10 de abril; 96/2018, de 19 de septiembre; o 51/2019, de 11 de abril.

³³ STC 68/2018, de 21 de junio, F. J. 5.

³⁴ STC 14/2018, de 20 de febrero, F. J. 5. A este concepto material de «legislación básica» se suma un aspecto formal: el Estado debe identificarla expresamente como tal en sus normas (por todas, STC 223/2000, de 21 de septiembre, F. J. 6).

de la inclusión en los planes de estudios de determinadas titulaciones de contenidos específicos al respecto y de las actividades propias del Consejo de Universidades. Todos ellos, aspectos generales de la materia, que pueden ser ampliamente desarrollados por las CC.AA.

Sin embargo, en relación con otras disposiciones incluidas en los Capítulos IV y V del Título III de la LOPIVI, la cuestión podría no resultar tan clara. En particular, aquellas que prevén la necesaria elaboración de un plan de convivencia en los centros educativos y otras disposiciones en materia de «*organización*» de los centros (art. 31 LOPIVI), la supervisión de la contratación en dichos centros (art. 32 LOPIVI), el establecimiento de protocolos de actuación adecuados, que deberán contener unos principios mínimos (art. 34 LOPIVI) o la figura de coordinación de bienestar y protección en los centros y de sus funciones mínimas (art. 35 LOPIVI).

En relación con estas normas, su detallado contenido y la imposición de actuaciones a los centros educativos en el marco de la «*organización educativa*», según expresión de la propia LOPIVI (una organización que suele asociarse a la ejecución de las competencias educativas y no tanto a su regulación), son indicios de que podrían no formar parte de legislación básica de la materia. Formarían parte así, si se aceptaran estos argumentos, del desarrollo normativo y la ejecución vedados al Estado una vez fueron asumidos por las CC.AA.³⁵ Sin embargo, no son argumentos concluyentes.

Por un lado, en relación con la denominada «*organización educativa*», esta no puede encuadrarse automáticamente dentro de las competencias de ejecución. No debe atenderse tanto a su denominación en la LOPIVI, sino al contenido efectivo de las normas incluidas en el art. 31 LOPIVI. Este contenido no siempre tiene relación, en realidad, con la organización educativa y, por tanto, con la función de «*ejecución*» de las normas educativas, sino que regula también otros extremos:

(i) la inclusión de contenidos adicionales en los Planes de convivencia y protocolos de actuación que ya regula la LO 2/2006 de Educación (modificada por la reciente LO 3/2020) —dicha norma excluye del carácter básico los primeros, según dispone su Disposición final quinta, pero no los segundos y en ningún caso los asocia a la ejecución de la materia educativa—³⁶; y

(ii) la atribución de la función de velar por el cumplimiento y aplicación de los principios contenidos en la LOPIVI a las administraciones educativas, y de la supervisión de centros a estos efectos, lo que nuevamente supone una actividad normativa, no ejecutiva (que bien podría haber sido incluida en un apartado relativo a los principios educativos, en lugar de a la organización de los centros).

³⁵ Estos argumentos fueron esgrimidos en las Enmiendas núm. 43 a 45 presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso al Proyecto de LOPIVI, disponibles en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2.PDF#page=1; última consulta 22/10/2021.

³⁶ La ausencia de carácter básico de las normas relativas al Plan de Convivencia, según las leyes estatales sobre educación (a las que el art. 31.1 LOPIVI se remite) es un problema a la hora de considerar que este precepto de la LOPIVI contiene legislación básica, puesto que no cumpliría el criterio formal exigido por el Tribunal Constitucional -reconocimiento como tal en la ley estatal-.

Por el contrario, los arts. 31.2 y 32 LOPIVI sí parecen estrechamente relacionados con la ejecución de normas en materia de educativa, pues regulan con carácter preciso algunas competencias que el Claustro del profesorado y el Consejo Escolar deben ejercer, y establecen de manera tasada a quién compete la supervisión de la seguridad y los certificados necesarios para la contratación de personal. En nuestra opinión, la determinación de estos extremos sí correspondería entonces a las CC.AA., como parte de sus competencias ejecutivas en materia de educación, y no al Estado.

En relación con los demás preceptos señalados, el dato más relevante para evaluar su adecuación competencial no es el detalle o la concreción de sus contenidos, sino si su contenido agota la regulación de la materia o deja, por el contrario, un margen de actuación a las CC.AA. para su desarrollo. En ese sentido, el art. 34 LOPIVI, referido a los protocolos de actuación, señala únicamente que estos deben incluir «*entre otros aspectos*» determinados contenidos, lo que no agota los mismos. De forma similar, el art. 35 LOPIVI, referido a la Coordinación de bienestar y protección, establece que son las administraciones competentes las que determinan sus requisitos y funciones. Nuevamente señala que, «*al menos*» dichas funciones deberán incluir aquellas que la LOPIVI establece, dejando un margen para su desarrollo posterior y la adición de nuevas funciones a las establecidas por la LOPIVI con carácter mínimo³⁷. En ese sentido, cabría incluir estas últimas dentro de la legislación básica en materia de educación, competencia del Estado; o en el art. 149.1.1.^a CE, que analizaremos más adelante, si se considerara que los protocolos de actuación y la Coordinación de bienestar y protección son condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los menores españoles en este ámbito.

IV. LA LOPIVI Y EL ÁMBITO SANITARIO (149.1.16.^a CE)

Otro ejemplo de los problemas que los títulos competenciales específicos plantean en la LOPIVI es el relativo a las cuestiones sanitarias, reguladas en su Capítulo VI del Título III y las Disposiciones finales decimotercera y decimocuarta. Se trata de una problemática similar a la educativa, centrada en este caso en la interpretación del art. 149.1.16.^a CE y las «*bases y coordinación general de la sanidad*». El deslinde entre materia básica y desarrollo vuelve a enmarcar el problema, con la complejidad adicional que supone la atribución al Estado de potestades de coordinación. Es decir, un «plus» frente al mero establecimiento de bases sanitarias, sin perjuicio del necesario respeto de las competencias de desarrollo asumidas por las CC.AA. y al alto grado de descentralización reconocido al sistema sanitario³⁸.

³⁷ Podría entenderse, sin embargo, que una regulación tan extensa de las funciones mínimas equivale materialmente a un desarrollo completo de las mismas, lo que pondría en duda su adecuación competencial.

³⁸ Cobreros Mendazona, E. (2018). «Artículo 149.1.16.^a», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II*, Las Rozas, Fundación

Como en el caso de la educación, el título competencial en sí ha sido ampliamente analizado por la doctrina³⁹ y por el Tribunal Constitucional⁴⁰. Sin embargo, sigue planteando problemas a la luz de normas concretas como la LOPIVI. Especialmente si se tiene en cuenta que el art. 158.1 CE también garantiza un nivel mínimo en la prestación de servicios públicos y puede ser considerado así como otro «*título transversal que, en lo que tiene de tope del Derecho autonómico —considerado negativamente— o de determinación de las facultades esenciales de actuación del Estado central —considerado positivamente—, posee una evidente significación autonómica*»⁴¹. En suma, una nueva dificultad a la hora de analizar las competencias en el ámbito sanitario⁴².

En este marco competencial, los preceptos sanitarios de la LOPIVI parecen amparados por el art. 149.1.16.^a. En concreto, el Capítulo VI del Título III de la LOPIVI, referido a las medidas de sensibilización, prevención y detección precoz en el ámbito sanitario, «solamente» contempla las siguientes actuaciones:

- (i) la promoción del buen trato a la infancia y la elaboración de protocolos específicos de actuación en esta materia (art. 38 LOPIVI), de los que solo se mencionan criterios generales (identificar factores de riesgo, asistencia y rehabilitación, atención especial a colectivos vulnerables, etc.), sin determinar la forma concreta en que las CC.AA. pueden desarrollarlos —es decir, sin agotar su margen para especificar estos criterios generales, a través de los factores y medidas que consideren más oportunos—;

Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 1361. Como variedad cualificada de la colaboración, la coordinación «*conlleva un cierto poder de dirección*», cuyos límites nunca son fáciles de trazar (SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, F. J. 20; 194/2004, de 4 de noviembre, F. J. 8 o 86/2014, de 29 de mayo, F. J. 5, entre otras).

³⁹ Por todos, Sáenz Royo, E. (2020). «La prestación sanitaria en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 119-150. Sobre su afectación durante la crisis provocada por la COVID-19, puede consultarse Biglino Campos, P. (2021), «El impacto de la Covid en la distribución de competencias», en Tudela Aranda, J. (Coord), *Estado Autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, 15-39.

⁴⁰ Como en otras materias, debe entenderse por legislación básica los principios normativos generales que informan u ordenan la materia sanitaria, constituyendo el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Aunque no pueden agotar la regulación de la materia (STC 98/2004, de 25 de mayo, F. J. 6.), implican definir 1) un modelo sanitario único, de corte asistencial; 2) «*los beneficiarios de las prestaciones sanitarias*»; 3) el catálogo y el contenido de dichas prestaciones y «*sus modalidades*» (las carteras comunes de servicios); o 4) «*el sistema de financiación de la sanidad y, por tanto, la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias*» (SSTC 136/2012, de 19 de junio, F. J. 5; 71/2014, de 6 de mayo, F. J. 7.).

⁴¹ Solozábal Echavarría, J. J. (2006). «Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico», *Fundación Alternativas*, Documento de trabajo 89/2006, Madrid, 12, disponible en, última consulta: 21-10-2021.

⁴² Parte de la doctrina considera que el Estado ha invocado estos títulos con cierta voluntad re-centralizadora (Delgado del Rincón, L. E. (2016). «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre lo que es básico en materia de sanidad», *Revista General de Derecho Constitucional*, 23, 22-23).

- (ii) el establecimiento de una Comisión frente a la violencia en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 39 LOPIVI), un órgano estatal cuya regulación y funciones compete exclusivamente al Estado (al que se le encarga un protocolo común de actuación y la emisión de un informe anual); y
- (iii) la aplicación de dicho protocolo común a todos los centros que presten asistencia sanitaria (art. 40 LOPIVI), no pudiendo determinarse a priori si dicho protocolo común agota o no el margen de actuación de las CC.AA., puesto que su contenido no ha sido fijado todavía y deberá concretarse en el futuro⁴³.

Sin embargo, como sucede en el caso de la educación, podría entenderse nuevamente que la regulación anticipada de un protocolo común para comunicar sospechas o evidencias de violencia a los servicios sociales (competencia claramente autonómica) o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con los problemas que ello puede suponer en CC.AA. con policías autonómicas, impide materialmente el desarrollo posterior de estas cuestiones por parte de las CC.AA. Ello arrojaría dudas sobre la adecuación competencial de esta medida. La previsión de la LOPIVI sobre la posible —ni siquiera debida— participación de las Administraciones autonómicas y otras instituciones en la definición de dicho protocolo (art. 39.2 LOPIVI) no sanaría la potencial invasión competencial señalada.

En cambio, las Disposiciones finales decimotercera y decimocuarta, que modifican respectivamente la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias presentan menos problemas. La primera modifica una ley que ya formaba parte de la legislación básica en materia sanitaria. La segunda se refiere a la expedición de títulos comunes a todo el territorio nacional, lo que también constituye una cuestión básica propia de un Sistema Nacional de Salud que, pese a su descentralización, no deja de ser único. De hecho, esta última norma también podría incardinarse en la competencia reconocida al Estado para la «*regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales*» (149.1.30.^a CE), aunque la LOPIVI no lo cite expresamente.

V. LA LOPIVI Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (149.1.18.^a CE)

El mismo análisis anterior podría llevarse a cabo para cada uno de los títulos competenciales específicos citados por la LOPIVI, tanto aquellos que atribuyen al Es-

⁴³ Una vez elaborado el protocolo, podrá determinarse si este invade o no las competencias de desarrollo asumidas por las CC.AA. La mera previsión en la LOPIVI de su futura aplicación a los centros sanitarios no debería considerarse contraria al régimen competencial derivado del art. 149.1.16.^a CE.

tado competencia exclusiva sobre toda una materia (sobre administración de justicia y legislación penal, penitenciaria, procesal, laboral y civil, seguridad pública, etc.), como los que se refieren a competencias compartidas (por ejemplo, el art. 149.1.27.^a CE). Sin embargo, plantean menos problemas que aquellos a los que nos hemos referido como títulos competenciales transversales, que dan cobertura global a la LOPIVI sin especificar los artículos afectados. El primero de ellos se refiere nuevamente a la legislación básica de una materia: el régimen jurídico de las Administraciones Públicas (149.1.18.^a CE). Nos servirá de transición para analizar otro título todavía más problemático (149.1.1.^a CE), cuya especificidad merece mayor desarrollo.

El primer problema importante que plantean estos títulos transversales es identificar qué partes de la LOPIVI se acogen a su cobertura competencial pues la Disposición final decimoctava de la LOPIVI no lo especifica. Por exclusión de los preceptos que esta disposición final sí menciona, sabemos que dichas partes deben buscarse fuera de los arts. 13 y 14, 30 a 40 (Capítulos IV, V y VI del Título III), 49 y 50 (Capítulo X del Título III), 55 y 57 a 60 (Capítulo II del Título V), así como de las Disposiciones Finales 1 a 7, 11 a 16 y 20, y de las Disposiciones Adicionales 6 y 9. Es decir, fuera de todos los preceptos que se acogen a títulos competenciales específicos. Ahora bien, excluidos estos últimos, la LOPIVI no ofrece ninguna pista para identificar los artículos y disposiciones que se acogerían a la cobertura competencial del art. 149.1.18.^a CE.

El segundo problema consiste en analizar, una vez identificados los artículos, si efectivamente responden al concepto de «bases» del régimen jurídico de las Administraciones Públicas o si lo exceden. En ese sentido, el art. 149.1.18.^a CE —que contiene diversos títulos competenciales entrelazados para regular la «*columna vertebral del Derecho administrativo*» español⁴⁴ (sujetos, actuación, garantías, etc.), vuelve a remitirse al huido concepto de legislación básica⁴⁵. Sin embargo, parte de la doctrina considera que, al interpretarlo, el Tribunal Constitucional lo ha ampliado en este caso, permitiendo al Estado detallar más de lo habitual la normativa básica en este ámbito⁴⁶.

Sin entrar en detalladas consideraciones sobre este título, ampliamente analizado por la doctrina y por el Tribunal Constitucional, sí debemos resaltar nuevamente dos características que se repiten al interpretar el concepto de legislación básica, pues guiarán el análisis en la LOPIVI⁴⁷. En primer lugar, la imposibilidad por parte del

⁴⁴ Baño León, J. M. (2018). «Artículo 149.1.18.^a», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (dir.), op. cit., 1376.

⁴⁵ El propio Tribunal Constitucional ha señalado que «no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico, y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto» (STC 2/1981, de 28 de julio, F. J. 5).

⁴⁶ Baño León, J. M. (2018). op. cit., 1376.

⁴⁷ Para un análisis detallado de la legislación básica en este ámbito, vid. Díaz González, G. M. (2018). «Las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1.18.^a de la Constitución y la disciplina de la producción normativa», *REALA. Nueva Época*, 10, 80-95. La STC 55/2018, de 24 de mayo, recapitula la jurisprudencia constitucional recaída sobre este punto (F. J. 4).

Estado de agotar la regulación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que elimine de facto el margen posterior de las CC.AA. o imponga un régimen uniforme⁴⁸. En segundo lugar, cobra especial importancia el objetivo perseguido por el Estado a la hora de invocar este título competencial: la garantía de igualdad de trato a los administrados en todo el territorio nacional o, aunque no citada expresamente en el art. 149.1.18.^a CE, la consecución de otros objetivos de interés general que justifiquen una mínima regulación uniforme del régimen administrativo aplicable en cada caso⁴⁹.

A la vista de este marco competencial, no resulta fácil individualizar aquellos preceptos de la LOPIVI amparados por el art. 149.1.18.^a CE. Algunos de ellos entrarían claramente dentro de la legislación básica sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas que acabamos de delimitar. Nos referimos, por ejemplo, a las disposiciones generales de la LOPIVI (arts. 1 a 8), que establecen principios, criterios u orientaciones generales aplicables a todas las Administraciones Públicas, mecanismos de cooperación entre Administraciones (con la creación de un órgano estatal como la Conferencia Sectorial de infancia y adolescencia, que entra dentro de las competencias del Estado a la hora de establecer su propia organización administrativa), o un principio para la promoción de la colaboración público-privada en este ámbito. Para otros preceptos, en cambio, podría discutirse su cobertura por el título competencial señalado.

En relación con estos preceptos, que son la mayoría, no cabe adoptar una posición concluyente, dado el marcado carácter casuístico de la jurisprudencia aplicable⁵⁰. Sí cabe orientar la respuesta, en cambio, gracias a los criterios generales anteriormente señalados. Como punto de partida, todos los preceptos del LOPIVI que establecen mandatos a otras administraciones afectan al funcionamiento y a la organización de estas últimas, por lo que podrían entrar dentro del radio de acción del art. 149.1.18.^a

⁴⁸ SSTC 2/1981, de 28 de julio, F. J. 5; 197/1996, de 28 de noviembre, F. J. 5; o 50/1999, de 6 de abril, F. J. 3. Ello explica que el Tribunal Constitucional haya limitado su alcance en cuestiones que afectan «*primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas*», frente a las que sí «*inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados*» (STC 50/1999, de 6 de abril, F. J. 3).

⁴⁹ El Tribunal Constitucional ha incluido entre estos últimos «*la asignación equitativa de los recursos a través del gasto público (art. 31.2 CE), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE), la programación y ejecución del gasto público conforme a los principios de eficiencia y economía (art. 31.2 CE), la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), la prevención de eventuales distorsiones del funcionamiento del mercado, la coherencia y coordinación de la política subvencional de todas las Administraciones públicas, la lucha contra el fraude y la corrupción en la gestión de los fondos públicos, así como el incremento de la transparencia, el control y la evaluación del gasto subvencional*» (STC 130/2013, de 4 de junio, F. J. 6).

⁵⁰ Recordemos que el Tribunal Constitucional ha incluido dentro de esta competencia aspectos materiales y organizativos, para la satisfacción de todo tipo de intereses generales superiores al ámbito de una CC.AA. y que, «dentro del concepto de 'funcionamiento' se incardinan las actividades jurídicas típicas a través de las cuales las Administraciones públicas desarrollan su función constitucional de satisfacción de los intereses generales» (STC 130/2013, de 4 de junio, F. J. 5), lo que revela la amplitud del título competencial y la casuística a la que nos referimos.

CE. En relación con estas materias, el Estado puede establecer pautas generales, principios de actuación y algunos de los aspectos fundamentales que aseguren un tratamiento uniforme de la materia en todo el Estado.

Teniendo en cuenta este criterio, puede defenderse la adecuación competencial de otros preceptos de la LOPIVI, más allá de principios generales establecidos al inicio, esgrimiendo para ello que no imponen una actuación determinada a las CC.AA., no predeterminan la forma en que estas deben actuar ni el modo particular en que se concretarán en cada CC.AA. Especialmente cuando se limiten a marcar objetivos generales y contenidos mínimos, abiertos en formas, cauce y número, pueden entenderse amparados competencialmente por el art. 149.1.18.^a CE, como sucede con los arts. 9.2, 9.4 (sobre garantías aplicables), 10 (derecho de información y asesoramiento), 11 (derecho de las víctimas a ser escuchadas), 12 (derecho a la atención integral) o 25.1 LOPIVI, entre otros. En sentido contrario, otros artículos parecen tan detallados y establecen un contenido tan extenso que podrían vulnerar las competencias de desarrollo asumidas por las CC.AA., eliminando de facto su margen de actuación. Por ejemplo, los arts. 17.3 (sobre comunicación de situaciones de violencia), 22 (sobre sensibilización) o 23 (sobre prevención).

Tres criterios adicionales ayudan a valorar la eventual adecuación competencial del resto de los preceptos de la LOPIVI. En primer lugar, las normas que regulen el funcionamiento de las Administraciones Públicas *ad extra*, con incidencia directa en la situación de la ciudadanía, o aquellas dirigidas a proteger derechos o un fin superior que solo el Estado pueda garantizar, permiten interpretar el concepto de legislación básica con mayor amplitud⁵¹. Por ello, preceptos como los citados arts. 5, 9, 12 e incluso 17.3 LOPIVI podrían considerarse más fácilmente amparados por el art. 149.1.18.^a CE que otros. En segundo lugar, y en un sentido contrario, normas orientadas primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de cada Administración obligan a interpretar el concepto de legislación básica de forma más restringida. Por ello, normas como las establecidas en los arts. 10.2 (derivación a Oficinas de Asistencia a las Víctimas), 42.1 (dotación de especialistas a los servicios sociales) o 46 LOPIVI (sobre diagnóstico y control de contenidos) tienen más difícil cabida en la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.18.^a CE. Por último, pueden existir títulos competenciales prevalentes sobre el art. 149.1.18.^a CE, que impedirían al Estado establecer una legislación básica en algunas materias, aunque indirectamente incidan en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Nos referimos, por ejemplo, a las disposiciones que afectan a los servicios sociales, el deporte y el ocio o los centros de protección de menores (como parte de

⁵¹ En ese sentido, no basta que el Estado esgrima la protección de la infancia como fin legitimador de una legislación básica uniforme del régimen jurídico aplicable a las Administraciones Públicas, puesto que este fin también podría conseguirse por medio de disposiciones autonómicas (sin perjuicio de cuanto diremos sobre el art. 149.1.1.^a CE).

la protección a la infancia), sin perjuicio de cuanto se dirá a continuación sobre el art. 149.1.1.^a CE⁵².

VI. UN PUNTO CRÍTICO: EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES BÁSICAS PARA LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (149.1.1.^a CE)

Presentan una mayor complejidad los títulos competenciales transversales que no hacen referencia a una «legislación básica» por parte del Estado, sino que apelan a conceptos indeterminados de otra naturaleza⁵³. En particular, el art. 149.1.1.^a CE —del que la doctrina señala que «se sigue moviendo en un terreno de cierta nebulosa o ambigüedad»— nunca resulta sencillo de analizar⁵⁴. En la práctica, esto ha facilitado que el Estado esgrima este título en muchas ocasiones (cada vez más numerosas según denunciaron algunos Grupos Parlamentarios durante la elaboración de la LOPIVI) y ha provocado una jurisprudencia constitucional muy casuística, a veces contradictoria y con relevantes votos particulares.

Esta jurisprudencia ha precisado el alcance de este título en torno a tres elementos:

- (i) la actividad estatal de «regulación», distinta de la ejecución o gestión asumible por las CC.AA.⁵⁵. A ella puede sumarse un mínimo diseño organizativo,

⁵² La Estrategia para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia merece una especial atención por su «especial incidencia en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (art. 21 LOPIVI). Si esta Estrategia, aprobada a nivel estatal por el Gobierno, incidiera efectivamente en todos estos ámbitos, sería difícil defender su adecuada cobertura competencial. Sin embargo, el actual art. 21 LOPIVI no tendría por qué vulnerar la distribución de competencias entre Estado y CC.AA., puesto que la mera previsión de una futura Estrategia nacional, cuyo contenido concreto se desconoce, no afecta *per se* a las competencias autonómicas.

⁵³ No analizaremos el art. 149.1.2.^a, mencionado en la LOPIVI, pues presenta menos dificultades y ha sido perfilado con mayor precisión por el Tribunal Constitucional. Este título habilita al Estado para (i) extender determinados derechos reconocidos a los españoles a ciudadanos extranjeros (como expresamente hace el art. 2.1 LOPIVI) y (ii) determinar «aquellos derechos que corresponden a los extranjeros en su condición de tales» (SSTC 87/2017, de 4 de julio, F. J. 4 y 134/2017, de 16 de noviembre, F. J. 3). Como sucede con otros títulos, no puede interpretarse como «un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial» (SSTC 31/2010, de 28 de junio, F. J. 83; 26/2013, de 31 de enero, F. J. 5; 154/2013, de 10 de septiembre, F. J. 5; o 87/2017, de 4 de julio, F. J. 4).

⁵⁴ Pemán Gavín, J. (2018) «La cláusula de igualdad en las condiciones básicas», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (dir.), op. cit., 1222-1223. Otros han mencionado una aplicación potencialmente «imprevisible» (Cabellos Espiérrez, M. A. (2008), «La relación derechos-Estado autonómico en la Sentencia sobre el Estatuto Valenciano», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 7, 119).

⁵⁵ SSTC 188/2001, de 20 de septiembre, F. J. 13.; y 1/2011, de 14 de febrero, F. J. 9.

para establecer instituciones comunes de garantía, siempre que no invadan las competencias autonómicas de autoorganización⁵⁶;

- (ii) el concepto de «condiciones básicas», que no suponen el establecimiento de nuevos derechos o deberes particulares, sino un límite mínimo, una barrera, que las CC.AA deben respetar y asegurar. Como en el caso de la legislación básica, no pueden agotar la regulación de los derechos: deben dejar un margen suficiente de actuación a las CC.AA., no por tratarse de competencias compartidas, sino para no invadir otros títulos sectoriales (servicios sociales, ocio y deportes, etc.)⁵⁷; y
- (iii) la finalidad del Estado de garantizar la igualdad de todos los españoles, un «elemento teleológico o finalista [...] que justifica y ampara» el ejercicio de la competencia. Esta igualdad no puede ser entendida como una «igualdad formal absoluta» o una «identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el título VIII de la Constitución)» sino como un «mínimo común denominador»⁵⁸.

En este contexto, lo primero que se debe precisar, como en el caso del art. 149.1.18.^a CE, es qué artículos de la LOPIVI pueden acogerse a la potencial cobertura del art. 149.1.1.^a CE. No es una tarea sencilla sabiendo que este último puede superponerse a otros títulos competenciales más específicos, como algunos de los ya mencionados⁵⁹. Frente a estos títulos, el art. 149.1.1.^a CE queda desplazado y funciona como «regla de cierre»⁶⁰. Una vez identificados estos artículos, debe anali-

⁵⁶ Por ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos (STC 290/2000, de 30 de noviembre, F.J.14); la Oficina estatal del Censo Electoral (STC 154/1988, de 21 de julio, F.J.3); o el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (STC 290/2000, de 30 de noviembre, F.J.13).

⁵⁷ Se trata de un concepto distinto al de «legislación básica». No exigen desarrollo normativo por las CC.AA, sino que se limitan a la regulación que de ellas haga el Estado (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. J. 7). Se refieren al «contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...)» (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. J. 8); o a aquellos «criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...]»; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (SSTC 5/1981, fundamento jurídico 26; 37/1981, fundamento jurídico 2); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3); etc.» (STC 61/1997, de 20 de marzo, FF. JJ. 7 y 8).

⁵⁸ SSTC 37/1987, de 26 de marzo, F.J.3. o 135/2006, de 27 de abril, F.J.2.

⁵⁹ Por la Disposición final decimoctava solo sabemos que estos preceptos deben buscarse fuera de los arts. 13 y 14, 30 a 40 (Capítulos IV, V y VI del Título III), 49 y 50 (Capítulo X del Título III), 55 y 57 a 60 (Capítulo II del Título V), así como de las Disposiciones Finales 1 a 7, 11 a 16 y 20, y de las Disposiciones Adicionales 6 y 9. También deben excluirse aquellos amparados por el art. 149.1.18.^a CE, al que hicimos referencia en el apartado anterior.

⁶⁰ Pemán Gavín, J. (2018). op. cit., 1222. SSTC 319/1993, de 27 de octubre, F. J. 5.; 251/2006, de 26 de marzo, F. J. 11.; 111/2012, de 24 de mayo, F. J. 5.; o 211/2014, de 18 de diciembre, F.J.3.

zarse si incluyen efectivamente la regulación de condiciones básicas para el ejercicio de algún derecho o deber constitucional.

Lo primero que puede comprobarse es cómo la mayor parte de las normas incluidas en la LOPIVI tienen, efectivamente, carácter regulatorio. Solo algunas disposiciones aisladas contienen medidas de ejecución. Por ejemplo, aquellas referidas a la gestión, los planes y protocolos de actuación (art. 23 LOPIVI), los equipos y planes de intervención y sus concretas actuaciones (arts. 42 y 43 LOPIVI), etc. Dichas disposiciones tendrían más difícil cobertura por el art. 149.1.1.^a CE. Sin embargo, entre ellas cabe distinguir algunas que, por su marcado carácter institucional, podrían considerarse una garantía básica para el ejercicio de derechos reconocidos a niños y adolescentes. Es decir, medidas que sí podrían encontrar amparo en la dimensión institucional de protección que el Tribunal Constitucional ha asociado en ocasiones al art. 149.1.1.^a CE. Por ejemplo, las normas relativas a Oficinas de Asistencia a las Víctimas o la Conferencia Sectorial de infancia y adolescencia, como órgano de cooperación interadministrativa en este ámbito.

Entre las medidas puramente regulatorias, la principal cuestión a valorar es si establecen o no «condiciones básicas» para el ejercicio de derechos y deberes constitucionales. Estos derechos y deberes no pueden ser los mismos que la propia LOPIVI reconoce (derecho de información y asesoramiento, derecho de las víctimas a ser escuchadas, derecho a la atención integral, etc.), sino aquellos que, reconocidos en la Constitución, quieren ser protegidos por la norma. Es decir, el derecho a la vida y a la integridad física y moral de niños y adolescentes (art. 15 CE), su libre desarrollo de la personalidad (art. 10.2 CE) y los principios rectores de protección a la infancia y promoción de la juventud contenidos en los arts. 39.4 y 48 CE, cuyo condicionamiento legitimaría el art. 149.1.1.^a CE⁶¹. En relación con ellos, debe analizarse si las condiciones establecidas por la LOPIVI son las mínimas e indispensables para asegurar la igualdad de todos los niños y adolescentes españoles. Es decir, comprobar que no regulan materialmente los sectores de actividad reservados a las CC.AA. y que no son condiciones exhaustivas, que dejen sin margen a las CC.AA.

Como argumento favorable para considerar que las medidas pueden catalogarse como «condiciones básicas» estaría, en primer lugar, su finalidad. Este elemento teleológico, que muchas veces prima sobre el grado de detalle o apertura de las medidas adoptadas por el Estado, es anunciado en la propia Exposición de motivos de la LOPIVI. Esta busca establecer *«un nuevo paradigma de prevención y protección común en todo el territorio del Estado frente a la vulneración de derechos de las personas menores de edad, frente a la fragmentación del modelo actual...»* y *«da[r] respuesta a la necesidad de contar con un marco normativo que regule un sistema de protección integral y uniforme en todo el territorio del Estado»*.

El contenido de la LOPIVI también es coherente con este objetivo. El Título I, aunque enunciado en forma de derechos, se limita a fijar un marco común, un límite

⁶¹ SSTC 18/2016, de 4 de febrero, F.J.7.; o 18/2017, de 2 de febrero, F.J.4.

mínimo, que las CC.AA deben respetar en su actividad de protección de la infancia y la adolescencia⁶². Este marco no agota la regulación de esta actividad, ni impide o vacía las competencias sectoriales asumidas por las CC.AA. (deporte y ocio, servicios sociales, etc.), como puede apreciarse en la formulación de muchos de los preceptos de la LOPIVI, que expresan objetivos a alcanzar o mínimos a respetar sin imponer la concreta vía por la que deben asegurarse⁶³. La LOPIVI estructura de esta forma el ejercicio de unos derechos y principios rectores (arts. 10.2, 15, 39.4 y 48 CE), asegurando que su protección cumple unas condiciones mínimas en todo el territorio nacional. Ello haría que la mayor parte de la LOPIVI, fuera de los artículos cubiertos por otros títulos específicos, se encuentre amparada a nuestro juicio por el art. 149.1.1.^a CE.

En un sentido contrario, podría entenderse que algunas disposiciones de la LOPIVI no fijan condiciones básicas para el ejercicio de un derecho, sino que entran a regular aspectos sustantivos de materias cuya competencia ha sido asumida por las CC.AA.⁶⁴. Esto es más probable en ámbitos específicos, como el deporte y el ocio, los servicios sociales o la política familiar. Cuanto más detalladas y específicas sean las disposiciones de la LOPIVI, más fácilmente pueden llegar a ser consideradas una regulación sustantiva de estas materias, en vez de condiciones básicas de protección. Véase, por ejemplo, el art. 28 LOPIVI, que obliga a las Administraciones autonómicas a impulsar los servicios de apoyo a las familias, los puntos de encuentro familiar, los gabinetes psicosociales de los juzgados, los servicios de mediación y conciliación y otros recursos o servicios especializados; el art. 42.2 LOPIVI, que obliga a integrar preferentemente en los equipos de intervención de los servicios sociales a profesionales especializados en violencia; o el art. 48.1 LOPIVI, que obliga a las entidades deportivas y de ocio a implantar sistemas de monitorización o designar Delegados de protección. En estos casos, la imposición de obligaciones tan concretas, sin la consiguiente dotación económica a las CC.AA., por cierto, puede suponer una invasión de las competencias autonómicas.

En todo caso, pese a estas discutibles disposiciones, lo que no puede impedirse es que el Estado tenga algún tipo de incidencia normativa sobre las materias o sectores reservados a las CC.AA., contrariamente a lo que argumentaron distintos Grupos Parlamentarios durante la elaboración de la LOPIVI⁶⁵. El art. 149.1.1.^a CE no puede

⁶² Pueden citarse como ejemplos relativamente claros de «condiciones básicas» de protección los arts. 9.2, 10.1, 11 LOPIVI o, fuera del Título I, el art. 20 LOPIVI.

⁶³ Por ejemplo, arts. 17.2 y 17.3, 22 o 26 LOPIVI.

⁶⁴ Algunos de los fines expresados en la LOPIVI hacen sospecharlo, como «establecer medidas de prevención efectivas [...] mediante una información adecuada a los niños, niñas y adolescentes, la especialización y la mejora de la práctica profesional en los distintos ámbitos de intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación de las personas menores de edad» (art. 3.b LOPIVI) o «establecer los protocolos, mecanismos y cualquier otra medida necesaria para la creación de entornos seguros, de buen trato e inclusivos para toda la infancia en todos los ámbitos desarrollados en esta ley...» (art. 3.m LOPIVI). Son fines más propios de una regulación sectorial y de detalle que de unas condiciones básicas.

⁶⁵ Véanse las Enmiendas 41, 49 o 50 al Proyecto de LOPIVI, presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco, disponibles en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-

alterar el régimen de distribución de competencias ni impedir la divergencia autonómica, como si fuera un título horizontal que todo lo justifique⁶⁶. Pero tampoco puede ser considerado un «título residual» que el Estado solo deba emplear excepcionalmente⁶⁷. Se trata de un mecanismo constitucional plenamente válido para armonizar mínimamente el ejercicio de derechos y deberes constitucionales, que en este caso se traduce en el establecimiento de un marco común para la protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en todo el territorio nacional.

Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en otros casos, como el establecimiento de condiciones mínimas de protección en materia de asistencia social y dependencia, dictadas por el Estado al amparo del art. 149.1.1.^a CE desde los años 2000⁶⁸. Se trata de un precedente similar muy significativo, en el que se reconoce por el Tribunal Constitucional la posibilidad, por parte del Estado, de «vertebrar y liderar la acción protectora pública en estos ámbitos con amparo en dicho precepto constitucional, aun reconociéndose que se encuadran con naturalidad en el campo de la asistencia social —materia de competencia autonómica—»⁶⁹. Nada debería impedir aplicar estas mismas consideraciones a la protección de la infancia y la adolescencia.

VII. SOLUCIÓN POLÍTICA PROVISIONAL Y PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACIÓN FUTURA

Teniendo en cuenta que el Estado puede incidir en sectores y materias en los que las CC.AA. tengan competencias sustantivas para garantizar las condiciones básicas en el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes constitucionales, el problema principal consiste en establecer los límites de esta posible actuación. En el caso

14-A-22-2.PDF#page=1; última consulta: 22/10/2021.

⁶⁶ SSTC 37/1987, de 26 de marzo, F. J. 9.; o 173/2012, de 15 de octubre, F. J. 5, entre otras

⁶⁷ STC 61/1997, de 20 de marzo, F. J. 7.

⁶⁸ Por ejemplo, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Ley general de los derechos de las personas con discapacidad); o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención y sus normas de desarrollo.

⁶⁹ Cita de Pemán Gavín, J. (2018). op. cit., 1213 y 1220. El Tribunal Constitucional ha avalado que el legislador estatal profile los rasgos de los distintos servicios de atención a la dependencia, defina el posible contenido de los derechos de las personas en situación de dependencia para asegurar una mínima igualdad en su regulación, o fije una regulación unitaria de la intensidad y la compatibilidad de las prestaciones, entre otras condiciones básicas (Montero Caro, M. D. (2013). «Fundamentos Constitucionales de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Especial referencia al ámbito andaluz», *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 3, 1, 136 y ss.). Véanse las SSTC 33/2014, F. J. 4; 18/2016, F. J. 7; y 18/2017, F. J. 4. La doctrina ya había señalado que el art. 148.1.20^a CE no debía interpretarse como una «reserva autonómica de todo ‘lo asistencial’» (Monereo Pérez, J. L. (2009). «Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales», *Temas laborales*, 1, 1, 301).

de la LOPIVI, esta controversia fue resuelta a nivel político en el último suspiro⁷⁰. Sin embargo, la cuestión dista mucho de quedar zanjada a nivel jurídico y puede dar lugar a potenciales conflictos de competencia en el futuro, cuando el Estado y las CC.AA. desarrollen la LOPIVI o aprueben nuevas normas de protección⁷¹. Contrariamente a lo que sucede en otras normas, como la antigua LOPJM —que establece la supletoriedad de sus disposiciones—, o la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG) —que obliga al Estado y a las CC.AA. a adaptar sus respectivas normativas a la ley estatal—, los incisos incluidos en la Disposición final decimoctava de la LOPIVI no aportan nada desde un punto de vista estrictamente jurídico al contenido de la norma, más allá de su valor simbólico⁷².

El hecho de que la LOPIVI deba interpretarse y aplicarse «*sin perjuicio de las competencias*» asumidas estatutariamente por cada CC.AA. y «*de la legislación que dicten las Comunidades Autónomas en virtud*» de esas competencias es algo implícito en el diseño constitucional español⁷³. En otras palabras, si una CC.AA. ha asumido válidamente una determinada competencia, el Estado se ve obligado en todos los casos a respetar su ejercicio. El problema no radica en eso, sino en deslindar adecuadamente los diversos títulos implicados, como hemos hecho a lo largo de este artículo. Esta operación de deslinde puede complementarse con dos estrategias adicionales. Son

⁷⁰ Como se anticipó en la Introducción, la misma mañana en que debía votarse la futura LOPIVI en el Pleno del Senado se presentaron dos enmiendas transaccionales que modificaron las actuales Disposiciones finales decimoctava y decimonovena de la LOPIVI. Pueden consultarse en: <https://www.senado.es/web/expedientdocblobservelet?legis=14&id=99363>, última consulta: 07/10/2021; y <https://www.senado.es/web/expedientdocblobservelet?legis=14&id=99364>, última consulta: 07/10/2021. Solo el Grupo Parlamentario VOX votó en contra de la norma. Ha presentado además recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la norma, sin relación con los aspectos competenciales que aquí se tratan. Vid. Tribunal Constitucional (2021). Nota informativa nº 91/2021, disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_091/NOTA_%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2091-2021.pdf, última consulta 26/10/2021.

⁷¹ Al momento de escribir este artículo, solo se había aprobado la Ley 4/2021, de 27 de julio, de infancia y adolescencia de Andalucía, aunque otras CC.AA. están elaborando leyes de infancia propias. La ley andaluza no resuelve las dudas competenciales, sino que las agudiza: contiene una amplia declaración de derechos y deberes y una interpretación propia de las competencias autonómicas (art. 22), prevé la aprobación de mecanismos de colaboración y coordinación particulares (art. 28) y reitera otras normas ya incluidas en la LOPIVI (por ejemplo, arts. 67 y 69).

⁷² Véase la Disposición final vigesimoprimera de la LOPJM, apartado primero, y la Disposición final quinta de la LOPIVG, apartado segundo. Las enmiendas de la LOPIVI recuerdan, en cambio, a la Disposición adicional primera de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad («*Esta ley se aplicará sin perjuicio de las competencias exclusivas reconocidas a las comunidades autónomas en materia de asistencia social en sus respectivos Estatutos de Autonomía*»).

⁷³ Por todas, SSTC 13/1992, de 6 febrero, STC 45/1991, de 28 febrero; o 36/2021, de 18 febrero. Como ha señalado la doctrina, «*el grado de transversalidad de este tipo de materias hace que el ejercicio de las competencias autonómicas incida, casi inevitablemente, en ámbitos de competencia total o parcialmente estatal...*» (Barber Cárcamo, R. y Pascual Medrano, A. (2007). «La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 12, 42 y ss.).

líneas que conviene explorar en materia de infancia y adolescencia, más que soluciones definitivas.

En primer lugar, podría acudir al art. 39.4 CE como pauta de interpretación del art. 149.1.1.^a CE. Más allá de la cláusula general del art. 10.2 CE, que apela a los tratados internacionales para interpretar toda norma española sobre derechos y libertades, el art. 39.4 CE establece un mandato específico a los poderes públicos de asegurar que los niños gocen «*de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*», como la CDN. Esta protección internacional trata de asegurar un mínimo común denominador en la protección de niños y adolescentes en todos los Estados firmantes y debe ser aplicada a «*cada niño sujeto a su jurisdicción*», independientemente —por tanto— de la unidad territorial inferior en que se encuentren y a cuya legislación se vean sujetos (CC.AA., región, Estados federados, etc.)⁷⁴.

Bajo esta premisa, las «condiciones básicas» para la protección de la infancia y la adolescencia en España deberían coincidir, como mínimo, con el contenido asignado a esta protección a nivel internacional, que España se ha comprometido a respetar. Solo de esta forma puede asegurarse su garantía uniforme y efectiva en todo el territorio nacional. Y solo de esta forma también puede cohonestarse adecuadamente la eventual responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento (responsabilidad única *ad extra*, sin perjuicio de su posible repercusión posterior a las CC.AA.), con el margen de actuación efectivo reconocido al Estado para evitarlo. Este criterio no es definitivo, puesto que las «condiciones básicas» para el ejercicio de un derecho no necesariamente deben limitarse a los contenidos mínimos pactados a nivel internacional entre Estados con derechos y sistemas de protección muy diversos, pero sí puede constituirse como guía de interpretación.

En segundo lugar, puede acudir para el deslinde de competencias sobre protección de infancia y adolescencia a algún concepto análogo al principio de proporcionalidad, para interpretar nuevamente el art. 149.1.1.^a CE. Como es bien sabido, el citado principio suele emplearse para controlar los límites externos a un derecho fundamental, pero parte de la doctrina ya ha propuesto emplear una versión similar en clave territorial⁷⁵. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha llamado en ocasiones a interpretar las condiciones básicas «*desde la perspectiva que nos ofrece el juicio de*

⁷⁴ Para la CDN, todo menor de 18 años es un «*niño*» (art. 1), lo que incluye por tanto a los adolescentes.

⁷⁵ Se ha defendido la aplicación del principio de proporcionalidad para interpretar las competencias locales (Ortega Álvarez, L. I. (1997). «El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local», *Anuario del Gobierno Local*, 1, 99-116; Velasco Caballero, F. (2005). «Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local», *Anuario del Gobierno Local*, 1, 127). En contra, se ha señalado que la exigencia de «proporcionalidad» en términos competenciales es una mera referencia a la «moderación» en el ejercicio de las competencias (Barnes, J. (1998) «El principio de proporcionalidad Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 40), o a la técnica de ponderación, diferente del principio en sentido estricto (Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2003) «El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local», *Revista de Administración Pública*, 162, 170-171).

proporcionalidad»⁷⁶ o a evitar divergencias autonómicas «*irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio*»⁷⁷. Podrían aplicarse así los tres pasos asociados habitualmente al test de proporcionalidad:

- (i) Si son idóneas para garantizar la igualdad de condiciones en todo el territorio nacional —de forma similar a lo que el Tribunal Constitucional suele exigir cuando resalta el elemento teleológico del art. 149.1.1.^a CE⁷⁸—;
- (ii) Si son estrictamente necesarias para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho —es decir, si son «*requisitos mínimos e indispensables*»⁷⁹ y constituyen realmente el «*mínimo común denominador*»⁸⁰, como reiteradamente exige el Tribunal Constitucional al interpretar el art. 149.1.1.^a CE—; y
- (iii) Si son proporcionadas en sentido estricto, es decir, si establecen un equilibrio razonable entre el grado de regulación estatal y el margen permitido a las CC.AA. —sin vaciar las competencias autonómicas, pero sin vaciar tampoco el art. 149.1.1.^a ni convertirlo en un título residual, como también ha exigido el Tribunal Constitucional⁸¹—.

Los dos criterios expuestos pueden, de forma aislada o conjuntamente, ayudar a analizar las normas establecidas por la LOPIVI y las posteriores normas autonómicas sobre infancia y adolescencia, para evaluar la adecuación competencial de unas u otras⁸².

VIII. CONCLUSIONES

La evolución histórica del concepto «menor de edad», que ha pasado de designar meros objetos de protección a auténticos sujetos de derechos y obligaciones, no ha

⁷⁶ STC 135/2006, de 27 de abril, F.J.2.

⁷⁷ STC 87/1985, de 16 de julio, F. J. 8; STC 120/1998, de 15 de junio, F. J. 4. En otros casos, en cambio, el Tribunal Constitucional solo ha apelado a un «*uso prudente*» del art. 149.1.1.^a CE por el Estado, para no vaciar las competencias autonómicas (STC 18/2017, de 2 de febrero, F. J. 4).

⁷⁸ SSTC 61/1997, de 20 de marzo, F. J. 7; y 135/2006, de 27 de abril, F. J. 2; o 18/2016, F. J. 8).

⁷⁹ STC 135/2006, de 27 de abril, F.J.2.

⁸⁰ STC 156/1995, de 26 de octubre, F. J. 5.

⁸¹ SSTC 61/1997, de 20 de marzo, F. J. 7; y 37/1987, de 26 de marzo, F. J. 9.

⁸² A la luz del criterio de idoneidad, podría ponerse en duda, por ejemplo, que la obligación impuesta a los servicios sociales de atención primaria de comunicar casos de violencia contra la infancia y la adolescencia al Registro Unificado estatal, a efectos meramente estadísticos sea una condición directamente ligada al fin de garantizar la igualdad de la protección en todo el territorio nacional (art. 44.2 LOPIVI). A la luz del criterio de necesidad, podría discutirse si el establecimiento de una extensa y detallada lista de contenidos es realmente un mínimo indispensable para garantizar la igualdad (véanse por ejemplo los arts. 23.3, 26.3 o 35.2 LOPIVI). Finalmente, a la luz de la proporcionalidad en sentido estricto, resultaría difícil determinar, por ejemplo, si la imposición de obligaciones directamente aplicables a entidades deportivas o de ocio, algunas muy detalladas, compensa el margen regulatorio reconocido a las CC.AA.

tenido solamente un impacto sustantivo, sino también competencial. Las diferencias observadas entre la LOPJM de 1996 y la reciente LOPIVI (la primera amparada principalmente en las competencias estatales para la legislación civil y dejando intactas, en las CC.AA., las competencias de protección asumidas para la asistencia social; la segunda amparada en títulos competenciales muy diversos y más incisivos) plantean nuevos retos para el deslinde de competencias estatales y autonómicas en materia de infancia y adolescencia.

Algunos de estos retos tienen relación con la interpretación del concepto de legislación básica en diversos ámbitos (educativo, sanitario, administrativo, etc.). Al analizarlos, hemos podido comprobar, como sucede en otros casos, que dicho deslinde no resulta sencillo, tampoco en relación con la protección de la infancia y la adolescencia. De hecho, algunas de las normas establecidas por la LOPIVI plantean serias dudas sobre su cobertura competencial a la luz de los arts. 149.1.16.^a, 18.^a o 30.^a CE. Otros retos competenciales planteados por la LOPIVI, en cambio, guardan más estrecha relación con el art. 149.1.1.^a CE, que daría cobertura, según la propia norma, a la mayor parte de su contenido. Al interpretar este título y el concepto de «condiciones básicas», hemos comprobado que la solución política a los problemas competenciales planteados por la LOPIVI no puede considerarse enteramente satisfactoria y solo los resuelve provisionalmente. Un análisis estrictamente jurídico de la cuestión, como el que hemos llevado a cabo, ofrece orientaciones adicionales para abordar más profundamente el problema. Especialmente para el caso en que se plantearan, en un futuro próximo, conflictos de competencia entre Estado y CC.AA. a la hora de aplicar y desarrollar la LOPIVI o de aprobar nuevas normas de protección, como fácilmente podría ocurrir.

En todos estos casos, el análisis casuístico de cada precepto, al que el Tribunal Constitucional ha recurrido en numerosas ocasiones, la interpretación conjunta de los arts. 149.1.1.^a y 39.4 CE (con la obligación de garantizar el mínimo de protección asumido por España a nivel internacional), o la aplicación de un instrumento similar al test de proporcionalidad desde una óptica territorial, pueden ayudar a determinar el alcance de las competencias estatales y autonómicas sobre protección de infancia y adolescencia. Sin embargo, como hemos venido advirtiendo, la cuestión queda lejos de estar zanjada. El contenido de la LOPIVI arroja certezas, pero también algunas dudas, sobre su eventual adecuación competencial. Corresponderá al Tribunal Constitucional pronunciarse, si el conflicto cuya semilla hemos descubierto acaba por materializarse: las líneas apuntadas hasta ahora serían un buen punto de partida para su análisis.

Title:

Who is responsible for protecting childhood and adolescence in Spain?
Evolution and limits after Organic Law 8/2021, of June 4

Summary:

I. INTRODUCTION. II. CHILDHOOD AND ADOLESCENCE PROTECTION IN THE SPANISH CONSTITUTION AND STATUTES OF AUTONOMY. III. LOPIVI AND EDUCATION (149.1.30 SC). IV. LOPIVI AND HEALTH (149.1.16 SC). V. LOPIVI AND LEGAL REGIME OF PUBLIC ADMINISTRATIONS (149.1.18 SC). VI. A KEY ISSUE: ESTABLISHING BASIC CONDITIONS TO PROTECT CHILDHOOD AND ADOLESCENCE (149.1.1 SC). VII. PROVISIONAL POLITICAL SOLUTION AND PROPOSALS FOR FUTURE INTERPRETATION. VIII. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY

Resumen:

La evolución histórica del concepto «menor de edad», que ha pasado de designar meros objetos de protección a auténticos sujetos de derechos y obligaciones, no ha tenido solamente un impacto sustantivo, sino también competencial. Las diferencias observadas entre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor de 1996 y la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIVI) sacan a la luz retos novedosos para el deslinde de competencias estatales y autonómicas en materia de infancia y adolescencia, dentro del marco constitucional y estatutario existente. Más allá de la competencia sobre legislación civil, a la que se acogía tradicionalmente el Estado, y la competencia en materia de asistencia social, asumida por las Comunidades Autónomas, el desarrollo de la LOPIVI obliga a interpretar nuevos títulos competenciales en relación con esta materia. Alguno de ellos guarda relación con la interpretación del concepto de legislación básica en diversos ámbitos (educativo, sanitario, administrativo, etc.). Otros, los más relevantes, con el alcance de las condiciones básicas contempladas en el art. 149.1.1.^a CE. En todos estos casos, la LOPIVI ofrece certezas, pero también algunas dudas, sobre su posible cobertura competencial. Tras analizarlas en profundidad, valoraremos la solución política alcanzada para resolverlas (al menos de forma provisional) y formularemos propuestas de interpretación futura para deslindar con mayor precisión las competencias estatales y autonómicas en materia de protección de infancia y adolescencia.

Abstract:

The conceptual evolution of «minors», referring to real subjects of rights and duties instead of mere objects of protections, has not only entailed a substantive change, but also a change in State and regional powers. Differences between Organic Law 1/1996, of January 15, on Legal Protec-

tion of Children in 1996 and recent Organic Law 8/2021, of June 4, of Comprehensive Protection of Children and Adolescents against Violence (LOPVI) poses new challenges to define the limits of State and regional powers in childhood and adolescence protection within the constitutional and regional framework in place. Beyond powers to establish civil regulations —traditionally used by the State to regulate childhood protection— and powers to address social welfare —exercised by Autonomous Communities—, the adoption of LOPVI makes us interpret other powers in that field. Some of them raise challenges concerning the definition of «basic legislation» in several areas (education, health, administrative matters...). Others —most of them in fact— raise issues concerning the limits of «basic conditions» mentioned in article 149.1.1 SC. In all cases, LOPVI offers a few certainties but also casts doubts on the limits of State powers to protect children and adolescents in Spain, compared to regional powers. We will analyze those powers in depth and we will assess the political solution achieved in order to solve the problems observed (at least provisionally). We will also propose some future interpretative guidelines to define State and regional powers more precisely in relation to childhood and adolescence protection in Spain.

Palabras clave:

Infancia y adolescencia; competencias estatales y autonómicas; LOPVI

Keywords:

Childhood and adolescence; State and regional powers; LOPVI