

Voto Particular que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 7722-2010.

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, formulamos Voto Particular tanto a la fundamentación como al fallo de esta Sentencia.

Nuestra discrepancia versa sobre dos aspectos, el encuadramiento competencial y la apreciación de un conflicto normativo que deba conducir a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto autonómico impugnado.

La Sentencia estima el recurso de inconstitucionalidad por el primero de los motivos de impugnación que lo sustentan. En síntesis, los recurrentes argumentaron que la fiesta de los toros forma parte del patrimonio cultural de España y, por tanto, su prohibición vulnera las competencias estatales derivadas del art. 149.1, apartados 28 y 29, en conexión con el art. 149.2 CE. La Sentencia, con buen criterio, excluye el art. 149.1.29 CE como título competencial concernido en este ámbito, y se queda con los títulos estatales derivados de los arts. 149.1.28 y 149.2 CE.

Nuestro primer motivo de discrepancia es, como se ha indicado, el encuadramiento competencial. Discernir el título competencial prevalente o específico en que se encuadra una norma o un acto controvertido es el presupuesto necesario para poder verificar a continuación si efectivamente tiene suficiente cobertura competencial y si, en su caso, el título competencial ejercido ha de conciliarse con el título competencial que corresponde a otra entidad territorial. Sin embargo, la Sentencia no aclara cuál de los dos citados títulos estatales es el pertinente o específico para encuadrar el problema, sino que se mantiene en una calculada ambigüedad mediante la utilización de los dos al mismo tiempo, aunque alude preferentemente al art. 149.2 CE.

La razón de la utilización acumulativa de ambos títulos competenciales -o, si se prefiere, de la no exclusión del amparo competencial que puede proporcionar el art. 149.2 CE- estribaría en la suma de las ventajas e inconvenientes que aportan cada una de las competencias a la

fundamentación de la competencia estatal. Por un lado, el art. 149.2 CE señala que “sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las CCAA, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”. Así pues, el título que deriva del art. 149.2 CE es, *prima facie*, más genérico que el art. 149.1.28 CE, el cual se limita a la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación”, además de los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal. En efecto, las medidas estatales de protección de la tauromaquia no parecen encajar en la interpretación bastante estricta que el Tribunal Constitucional ha dado al título estatal *ex* art. 149.1.28 (compárese a este respecto la STC 122/2014, de 17 de julio, FJ 2). Por otro lado, hasta la fecha el art. 149.2 CE no había sido interpretado como un título legislativo. La STC 17/1991, de 31 de enero, FFJJ 2 y 3, realizó consideraciones algo ambiguas sobre la relación entre 149.2 y 149.1.28 CE a propósito del patrimonio histórico artístico, pero finalmente señaló lo siguiente:

“No cabe sin embargo extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico artístico en el término cultural, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del amplio espectro de la misma. Existe en la materia que nos ocupa un título de atribución al Estado definido en el art. 149.1.28 C.E. al que se contrapone el que atribuye competencias a las Comunidades fundado en los Estatutos de Autonomía. De ahí que la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en cuanto al Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental haya de partir de aquel título estatal pero articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en la materia. El Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes en lo restante, según sus respectivos Estatutos; sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto.”

A la luz de la jurisprudencia previa, el “servicio de la cultura como deber y atribución esencial” (art. 149.2 CE) no incluye una competencia legislativa. Es una competencia estatal adicional, sí, pero no una competencia de contenido funcional pleno (legislativo y ejecutivo) que tenga la capacidad de desplazar a las competencias autonómicas -incluso exclusivas- que puedan recaer sobre el mismo objeto, pues de lo contrario recortaría enormemente las competencias autonómicas tanto en materia de cultura como en otras materias (p. ej., como ocurre en el presente caso, espectáculos públicos y protección animal que puede englobarse dentro de medio

ambiente). Los títulos competenciales que amparan la acción legislativa del Estado están en el art. 149.1 CE. Si el Estado no tiene competencia para legislar con arreglo al art. 149.1 CE, no puede acudir como segunda opción al art. 149.2 CE, con la finalidad de “constatar” la existencia de una manifestación cultural presente en la sociedad española y, sobre esa base, desplegar una intervención estatal de contenido regulatorio que constriña las competencias autonómicas.

Sin embargo, es eso lo que, de forma más o menos elaborada, sostiene la mayoría que sustenta la Sentencia. Al final del FJ 5 se afirma, en efecto, lo siguiente: “el Estado por la vía del art. 149.2 CE puede intervenir en materias culturales, bien de manera especialmente intensa en relación con aquellas cuestiones que requieran de tratamientos generales o que exijan de una acción pública supraordenada a la de una o varias Comunidades Autónomas”. De ahí que en el FJ 6 la Sentencia considere que las dos leyes estatales que, a modo de *ius superveniens*, se van a utilizar como materialización del ejercicio competencial estatal se fundamentan indistintamente en los arts. 149.1.28 y 149.2 CE: la Ley 18/2013 que regula la tauromaquia como patrimonio cultural, y la Ley 20/2015 de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.

El segundo motivo de discrepancia se refiere a la forma de aplicar el canon. Una vez señalado el enunciado de la Ley catalana y de las Leyes que se utilizan como expresión del ejercicio competencial estatal, la Sentencia llega a la conclusión de que “la norma autonómica, al incluir una medida prohibitiva de las corridas de toros y otros espectáculos similares adoptada en el ejercicio de la competencia en materia de espectáculos, menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación”. El menoscabo se afirma de forma apodíctica, sin concretar de qué forma se impide Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural. La Sentencia se limita a señalar que “directamente, [se] hace imposible dicha preservación” o que “una medida prohibitiva como la aquí analizada menoscaba por su propia naturaleza el ejercicio de una competencia concurrente del Estado (art. 149.2 CE)”. Al no precisar el contenido y alcance de la interferencia, tampoco es posible determinar qué tipo de medidas autonómicas podrían quedar al abrigo de una posible declaración de inconstitucionalidad, por menoscabo de las competencias estatales sobre cultura. ¿Podría conservarse la norma autonómica anteriormente vigente que no permitía las corridas de toros salvo en las plazas construidas para su celebración en la fecha de entrada en vigor de la Ley

3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales? ¿Incluso aunque las plazas en activo sean en la actualidad únicamente una o dos?

Mediante el planteamiento expuesto, la mayoría del Pleno se acoge a una preocupante línea jurisprudencial recientemente en expansión en el ámbito de las controversias competenciales, que ya no se limita a expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas autonómicas que incurren en una *contradicción normativa* frontal e insalvable con el enunciado de una norma perteneciente al bloque de la constitucionalidad, sino que adopta como noción de inconstitucionalidad una difusa idea de *menoscabo competencial* que aplica a normas autonómicas que cuentan con un amparo competencial inequívoco (véase SSTC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 18; y 8/2016, de 21 de enero, FJ 5). De la mano de esa construcción jurisprudencial ya no sería necesario que se acreditara la existencia de un precepto estatal que contuviera un mandato normativo incompatible con el enunciado de la norma autonómica. Bastaría la mera constatación, sin desarrollo ulterior, de que el contenido de una norma autonómica menoscaba las competencias estatales, ya sea en abstracto o a través de su materialización en ciertas normas estatales, para proceder a declarar su inconstitucionalidad y nulidad. Con ello se redefine la noción de inconstitucionalidad y el juicio de constitucionalidad se desliza por una pendiente peligrosa. Con la noción tradicional de inconstitucionalidad basada en la contradicción normativa, la dignidad del legislador democrático se salvaguarda con la técnica de la interpretación conforme, que permite salvar de la declaración de inconstitucionalidad aquella parte del programa normativo de la norma enjuiciada que puede conciliarse con la norma de contraste. Sin embargo, con la noción del menoscabo competencial el ámbito legítimo de la intervención legislativa se mantiene en una gran incertidumbre, porque la noción se basa en apreciaciones subjetivas sobre el grado tolerable o intolerable de interferencia o de incompatibilidad. Como se decía en los Votos Particulares que formulamos a la STC 93/2015, de 14 de mayo, el control de constitucionalidad de normas en el ámbito de las competencias compartidas o de las competencias exclusivas autonómicas sobre las que pueden incidir las competencias transversales estatales (como el art. 149.1.13 CE) no tiene como cometido enjuiciar la mayor o menor compatibilidad o coherencia entre políticas, medidas u objetivos estatales y autonómicos, sino solo la posible contradicción normativa; es decir, el control de constitucionalidad de una norma autonómica no se dirige a detectar eventuales interferencias con normas estatales en el plano aplicativo. En la STC 93/2015 se consideró que la medida autonómica impugnada constituía “un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica” del Estado, esto es, desde la perspectiva de la finalidad perseguida por las

medidas estatales, aunque las medidas estatales y autonómicas no eran incompatibles entre sí. Aquí se reprocha a una medida autonómica de protección animal el que, “por su naturaleza”, menoscabe las competencias estatales en materia de cultura, por cuanto que el legislador ha aprobado una ley para la salvaguarda de la tauromaquia.

La definición legal de tauromaquia en la Ley 18/2013 como objeto de protección es amplísima (“conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas, incluyendo la crianza y selección del toro de lidia”). Por esa razón, la conservación de la tauromaquia como mandato normativo –que prescribe el art. 3 de la mencionada Ley– adolece de indeterminación normativa, y no resulta idónea para declarar inconstitucional una norma autonómica que establece una prohibición precisa y que cuenta con un amparo inequívoco en las competencias de la Comunidad Autónoma. Esa prohibición no resulta caprichosa, pues está fundamentada en una finalidad legítima de protección animal; tampoco es repentina, pues el legislador autonómico ha ido incrementando el nivel de abolicionismo progresivamente, a partir de la promulgación de la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales, en consonancia con la cada vez menor asistencia pública y el consiguiente menos interés que suscita ese tipo de espectáculos.

La norma estatal que protege la tauromaquia en general se puede cumplir de muchas formas y en ningún momento impone que se deban celebrar corridas de toros en todo el territorio del Estado o en un número mínimo o con una cierta periodicidad, ni que las Administraciones públicas deban velar por ello. Sin duda el carácter prohibitivo de la norma catalana impide que los particulares desarrollen, en el ámbito territorial de Cataluña, un cierto tipo de actividades relacionadas con la tauromaquia. Pero la Ley autonómica no cuestiona el carácter de bien cultural que la Ley estatal asigna a la tauromaquia: tampoco impide la realización y el desarrollo del resto del amplísimo conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas que componen la tauromaquia, ni se prohíbe en su territorio la crianza del toro de lidia, ni la creación de escuelas o asociaciones de todo tipo relacionadas con la tauromaquia. Y no se ha acreditado que al Estado se le impida desarrollar ninguna de las medidas de fomento y de protección contempladas expresamente en el art. 5 de la propia Ley 18/2013 justamente en el ámbito de la Administración General del Estado.

Por todo ello, consideramos que una desestimación del recurso de inconstitucionalidad habría sido una decisión más respetuosa con las competencias ejercidas por la Comunidad Autónoma.

Madrid, a veinte de octubre de dos mil dieciséis.