

DOS AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CUESTIONES CONSTITUCIONALES (II) *

LUIS PRIETO SANCHIS

III. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS QUE SE CONSIDERAN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, AÑO 1979

1. *Sentencia de 26 de enero de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. Eugenio Díaz Eimil. Repertorio Aranzadi, número 61.*

Esta es, según creemos, la primera sentencia del Tribunal Supremo que invoca la Constitución y, pese a su brevedad, reviste una notable importancia (1), ya que anula una sanción administrativa impuesta al amparo de la Ley de Orden Público, fundándose casi exclusivamente en la nueva Constitución, y no en alguno de sus preceptos singulares, sino en la mera existencia de ese texto fundamental que configura al Estado español «como un Estado social de Derecho basado en principios democráticos, opuestos y superadores de los que sirvieron de justificación legal a dichas sanciones».

En realidad, en esta sentencia el Tribunal Supremo todavía no hace uso de la disposición derogatoria contra las normas legales que ofrecieron cobertura al acto administrativo, pero prácticamente se

(*) La primera parte se publicó en el número 1 de la REVISTA. La tercera y y última parte aparecerá en el número 3.

(1) Vid. el comentario de esta sentencia en TORNOS MAS: «Inaplicación de la Ley por los Tribunales Contencioso-Administrativos», REDA, 22, pp. 453 y ss.

llega a los mismos resultados, pues si bien el juicio parece circunscribirse a la concreta sanción impuesta por la Dirección General de Seguridad en 1972, la Sala estima que ha quedado desprovista «de toda validez y eficacia jurídica», no porque la conducta del recurrente haya de considerarse hoy legítima, sino porque la sanción respondía «a unos objetivos y legalidad que son incompatibles con los que constituyen el fundamento de la actual organización jurídico-política del Estado español». La actitud del Tribunal Supremo nos parece destacable, ya que no trata de enjuiciar los hechos, es decir, de comprobar en qué medida la conducta del sancionado era subsumible en los tipos de la Ley de Orden Público, sino que, prescindiendo de este problema, se centra en un análisis jurídico que explícitamente pone en cuestión la legalidad que amparaba la imposición de sanciones; ésta es, según dice la Sala, una «legalidad incompatible» con la nueva Constitución, o sea, que ya no es legalidad. Por ello, no se comprende bien que la sentencia omita toda referencia a la disposición derogatoria y que, en cambio, se oriente a través de la cláusula interpretativa del artículo 3,1.º del Código Civil, que exige una «aplicación realista de las normas jurídicas». En este aspecto, la atenta lectura del primer considerando nos sugiere que el ponente pretendió ante todo aplicar de forma realista los preceptos de la Ley de Orden Público, juzgando que los hechos «hoy» ya no eran merecedores de sanción por no constituir manifestación ilegal, pero que, tal vez por la rotundidad de los preceptos o por lo indubitado de la conducta, terminó estimando que la legalidad era incompatible con la Constitución. Así, pues, se parte de una interpretación de la ley a la luz del nuevo orden jurídico-político, buscando una más benigna calificación de los hechos, para concluir en la inaplicación de la ley en nombre de ese nuevo orden que se juzga incompatible con el precedente.

2. *Sentencia de 27 de enero de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. Manuel Sainz Arenas. Disposiciones consideradas: arts. 82 y 85. Repertorio Aranzadi, núm. 45.*

La Sala III desestima un recurso extraordinario de apelación o en interés de Ley interpuesto contra sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 8 de febrero de 1977 y relativa a un problema fiscal de liquidación del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales. Esta sentencia presenta notable interés, no sólo por ser una de las primeras, sino porque en ella no se invoca una de las normas materiales, sino

preceptos de organización del sistema de fuentes que se refieren a un problema jurídico formal, aunque sin duda con transcendencia política. La cuestión, ampliamente debatida (2), consiste en dilucidar si las normas dictadas por la Administración al amparo de una delegación del legislativo gozan en todo caso, o sea, aunque vulneren o se extralimiten de los términos de la autorización, de valor de ley formal; con la importante consecuencia de impedir la fiscalización de los Tribunales. En este aspecto, la Sala se adhiere a la doctrina hoy prácticamente unánime de que «el valor de ley formal del texto refundido está condicionado evidentemente por la fidelidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido...». Ciertamente, en esta ocasión el texto constitucional ha venido a confirmar un criterio firmemente arraigado en la doctrina jurisprudencial y científica y consagrado en el artículo 11 de la Ley General Tributaria, pero en todo caso resulta significativa la aplicación de los artículos 82 y 85 de la Constitución, que «regulan con el mismo criterio la delegación por las Cortes en el Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de Ley, denominadas Decretos legislativos, y sin perjuicio de que las leyes de delegación puedan establecer en cada caso fórmulas adicionales de control, asientan la competencia propia de los Tribunales como sistema básico de tal control».

La interpretación que se ofrece del número 6 del artículo 82 ha sido confirmada luego por la LOTC, que en su artículo 27,2 b) señala que «en el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución». Como es lógico, al Tribunal Constitucional se le atribuye el juicio de inconstitucionalidad contra los Decretos legislativos únicamente *intra vires* de la delegación legislativa; porque *ultra vires* no será un problema de inconstitucionalidad, sino de ilegalidad, cuya apreciación corresponde a la jurisdicción ordinaria (3).

A nuestro juicio, la competencia de la Jurisdicción ordinaria no tiene excepciones, ni siquiera en el supuesto atípico de las leyes marco a que alude el artículo 150,1 de la Constitución; es verdad que en su redacción definitiva quiso apartarse del modelo de los Decretos legis-

(2) *Vid.* sólo a título de orientación los trabajos de GARRIDO FALLA: «Fiscalización de los Decretos legislativos por la Jurisdicción contencioso-administrativa», en *RAP*, 61, 1969, y GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970.

(3) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª edición, Civitas, Madrid, reimpresión 1980, pp. 239 y ss.

lativos (4) y de hecho presenta algunas peculiaridades que no es del caso comentar, pero conservan la característica esencial de los mismos, a saber: gozan de la fuerza de ley para derogar normas anteriores de la misma categoría, y, como el Reglamento, son fiscalizables por la jurisdicción ordinaria, que deberá medir su legitimidad con los criterios que ofrecen los «principios, bases y directrices» de la ley marco. Los argumentos en contra (5) no pueden desvirtuar el claro tenor literal del precepto constitucional y, por el contrario, el artículo 27,2 e) de la LOTC ha venido a confirmar nuestra opinión al decir que son residenciables ante el Tribunal «las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa»; como es lógico, entre esos casos debe incluirse el previsto en el artículo 150,1.

3. *Sentencia de 7 de febrero de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. A. Martín del Burgo Marchán. Disposición considerada: art. 1,1.º Repertorio Aranzadi, núm. 294.*

La sentencia estima en parte un recurso interpuesto por el Colegio de Gestores Administrativos contra una Orden del Ministerio de Trabajo de 8 de enero de 1973 por motivo de un conflicto profesional con los graduados sociales. Desde nuestra perspectiva, el fallo carece de relevancia, ya que la alusión al texto constitucional es puramente marginal y aun diríamos que extemporánea. En concreto, la referencia aparece en el considerando octavo, donde se pretende probar que la condición de técnicos en materias sociales no habilita a los graduados para intervenir en cualquier materia que merezca ese calificativo, pues «lo social en la actualidad impregna de sentido a toda la política y a todo el derecho, hasta el punto de que en la recién aprobada Constitución española su articulado se abre con la definición de nuestro Estado como 'Estado social y democrático de Derecho' (art. 1,1.º), sien-

(4) La primitiva redacción aprobada por el Pleno del Congreso no ofrecía ninguna duda: «Las leyes de bases aprobadas por las Cortes Generales podrán atribuir expresamente a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar para las mismas la correspondiente legislación delegada en los términos de los artículos 76 y 77» (hoy 81 y 82).

(5) Vid. ALZAGA, O.: *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 873; MUÑOZ MACHADO, S.: *Las potestades legislativas de las Comunidades autónomas*, Civitas, Madrid, 1979, p. 105.

do esta concepción la que permite contemplar como política social la llevada a cabo en materias tan dispares como la enseñanza, vivienda, cultura...». Al margen de que no parecía muy necesaria esta referencia, tiene razón LINDE (6) cuando afirma que las deducciones que se alcanzan de la definición de España como Estado social y democrático de Derecho son un tanto superficiales por haber practicado una interpretación gramatical que no ilustra su comprensión.

4. *Sentencia de 11 de abril de 1979. Civil. Ponente, Sr. D. J. Castro García. Disposición considerada: art. 28, 1. Repertorio Aranzadi, número 1397 (7).*

Se refiere esta sentencia a un problema de libertad sindical y, pese a hacer expresa mención del texto constitucional, creemos que aquí la Sala I perdió una buena oportunidad de trazar las líneas generales del nuevo Derecho de asociaciones o, al menos, de asociaciones sindicales, a la luz del régimen jurídico-político vigente. El problema consiste en dilucidar las condiciones que deben reunir las personas que quieran constituir un sindicato y, en concreto, si pueden hacerlo los pensionistas. Teniendo en cuenta que la Constitución no define lo que es un sindicato ni ofrece criterios precisos para diferenciarlo de las asociaciones en general, la sentencia trata de buscar un concepto jurídico en las opiniones doctrinales, en los precedentes legislativos y, sobre todo, en la Ley de 1 de abril de 1977, llegando a la conclusión de que los pensionistas no pueden fundar sindicatos, aunque paradójicamente sí pueden afiliarse al que prefieran. En el plano constitucional no creemos que deban oponerse objeciones a la exigencia del elemento profesional, ya que con ello no se limita el derecho básico de toda persona a asociarse con fines lícitos, sino que únicamente se especifican los requisitos de una clase singular de asociaciones. Nos parece claro que los sindicatos constituyen una forma especial de asociaciones, como por otra parte reconoce el artículo 11,1 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 cuando tutela el derecho a asociarse, «incluso el derecho a fundar sindicatos»; es evidente que algún criterio ha de buscarse para diferenciar las asociaciones en ge-

(6) LINDE, E.: *Sentencias y autos del Tribunal Supremo...*, cit., p. 235.

(7) *Vid.* también las sentencias de la Sala I de 6 y 15 de diciembre de 1979. Números 18/79 y 20/79 de nuestro repertorio, 4117 y 4361 del Aranzadi.

neral de sus formas específicas, y, en este caso, ese criterio bien puede fijarse en el elemento profesional. Pero, en cambio, a la luz del artículo 28 de la Constitución, no parece que sea lícito diferenciar entre la fundación de sindicatos y la afiliación a los mismos, ya que se trata de dimensiones inseparables que forman el contenido de un derecho único, que es la libertad sindical, y que comprende «el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos...» (art. 28,1).

No obstante, el fallo nos parece criticable porque no procura matizar ese elemento profesional a la luz de los preceptos constitucionales. En concreto, el artículo 7.º habla de «los sindicatos de trabajadores» y el 28,1 atribuye el derecho de sindicación a «todos», por lo que parece que «todos los trabajadores» pueden fundar sindicatos. Ya esta interpretación nos sugiere un concepto amplio y generoso de la titularidad del derecho comentado, que se ve confirmada si atendemos a la cláusula interpretativa del artículo 10,2, pues según el artículo 1.º del convenio 87 de la OIT la libertad sindical se reconoce a todos los trabajadores «sin ninguna distinción». La sentencia no se detiene, sin embargo, en estas consideraciones y, por el contrario, ofrece una noción restrictiva cuando afirma que «el sindicato habrá de asociar, en rigor, a los que lo sean por cuenta ajena y, por consiguiente, a personas ligadas al empresario por contrato de trabajo...», noción que parece muy discutible si nos atenemos al artículo 28,1 de la Constitución y a la posibilidad de ejercicio de este derecho por parte de funcionarios y militares, prevista y limitada por la propia ley fundamental (8).

Por otra parte, parece que la Sala I no ha sido plenamente sensible al valor del texto constitucional, pues parece como si su interpretación hubiese de ajustarse a la legalidad, y en este caso a una legalidad anterior a 1979, y no a la inversa; así cuando afirma que «la general dicción del artículo 28, párrafo 1.º, del vigente texto constitucional ha de ser entendida acomodándola a la concreta normativa que regula el ejercicio de tal derecho...». La tesis del Tribunal Supremo sugiere, aunque de forma implícita, aquella idea no del todo superada según la cual las normas constitucionales precisan para su efectividad necesariamente una mediación legal que interprete el alcance y sentido de sus cláusulas, con la particularidad en este caso de que la ley es anterior a la Constitución.

(8) Vid. OJEDA AVILÉS, A.: «La libertad sindical», en *Revista de Política Social*, núm. 121, enero-marzo, 1979, pp. 360 y ss., y la bibliografía allí citada.

5. *Sentencia de 21 de mayo de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Sainz de Robles Rodríguez. Disposiciones consideradas: arts. 25,3.º y 117,5.º Repertorio Aranzadi, núm. 2030.*

La Sala III pretende aquí dilucidar si los beneficios del Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975 alcanzan a las sanciones impuestas por los Tribunales de Contrabando. Con este motivo, la sentencia sienta una interesante doctrina, ya que, careciendo de una base legal indubitada, aplica la Constitución para resolver un problema de interpretación del Decreto del año 1975. Se trata, por lo tanto, de una aplicación directa que surte efectos sobre una normativa preconstitucional. Tras afirmar el carácter único de la Jurisdicción (art. 117,5) y la prohibición de imponer penas privativas de libertad (art. 25,3) al amparo de la potestad sancionadora de la Administración, el cuarto considerando concluye diciendo que «como quiera que a esta Sala toca aplicar las leyes interpretándolas según su espíritu y finalidad, atendiendo, entre otros criterios, 'a la realidad social del tiempo' en que han de serlo (art. 3.º,1 del Código Civil), no es posible, a la vista de lo dispuesto en los citados preceptos de la Constitución de 1978, seguir manteniendo que las sanciones pecuniarias, con su secuela de prisión sustitutoria, impuestas por los Tribunales de Contrabando quedan excluidas del ámbito del indulto por la mera circunstancia de no haberlo sido por un órgano jurisdiccional» (9).

Como ya indicábamos en el epígrafe anterior, esta sentencia realiza una valiente aplicación del texto constitucional, en oposición a una Orden ministerial de 28 de noviembre de 1975, que extendía el indulto a las sanciones de contrabando, pero que lo hacía con unos efectos menos beneficiosos que los previstos en el Decreto. En este sentido, el Tribunal Supremo no considera justificada esa discriminación, estimando que ha de aplicarse la norma general (Decreto) de indulto, ya que las sanciones de contrabando «son sustancialmente idénticas» a las penas impuestas por la Jurisdicción.

(9) *Vid.* sobre este tema BUENO ARÚS: «Notas sobre el Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1976, pp. 27 y ss.; LINDE, E.: «Amnistía e indulto en la Constitución española», en *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, núm. 2, 1978-1979.

6. *Sentencia de 18 de mayo de 1979. Criminal. Ponente, Sr. D. B. F. Castro Pérez. Disposición considerada: art. 14. Repertorio Aranzadi, número 2090.*

Un recurso de casación sobre tráfico de drogas (art. 344 del Código Penal) sirve de motivo a la Sala II para fijar en términos generosos el alcance del texto constitucional y también para interpretar las consecuencias del principio de igualdad en relación con la aplicación discrecional de las penas que en algún caso autoriza la legislación criminal. En relación con el primer aspecto, la sentencia declara sin reservas que el principio de igualdad (art. 14) representa «uno de los fundamentos básicos de justicia a tener en cuenta, no sólo en la elaboración de las leyes futuras, sino también en la interpretación y aplicación de las presentes, por lo que debe ser comprendido aun sin necesidad de posterior desarrollo entre aquellas normas jurídicas sustantivas mencionadas en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya infracción puede dar lugar a la interposición del recurso de casación por infracción de ley...». No es preciso resaltar la importancia de esta afirmación; el texto constitucional no debe ser tomado como un criterio orientador en la interpretación de las leyes, sino que debe aplicarse por jueces y Tribunales para resolver cualquier caso, aun sin desarrollo legal, pues su omisión abre las puertas nada menos que del recurso de casación por infracción de ley.

Propiamente, la realización de la igualdad jurídica no requiere desarrollo legislativo en el mismo sentido que lo exigen otros preceptos constitucionales; a diferencia de la llamada igualdad sustancial del artículo 9,2, la igualdad del artículo 14 no se realiza por la ley, sino «en la ley». Por ello, en modo alguno pueden los Tribunales condicionar la aplicación del principio de igualdad a que se realice su desarrollo legislativo; deben tomarlo en consideración, ya sea para juzgar inconstitucional una ley, ya sea, como en el caso comentado, para orientar la aplicación de un precepto del Código Penal que admite una cierta discrecionalidad en la fijación de la pena. En este sentido, el fallo que comentamos modifica en cierta medida el criterio jurisprudencial de que la facultad concedida en el número 3 del artículo 344 del Código Penal no puede ser revisada en casación (10).

(10) Dice el párrafo tercero del artículo 344 del Código Penal: «Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda.»

La propia sentencia recuerda este punto de vista, pero, en realidad, al interpretar el principio de igualdad y considerar que no ha sido vulnerado, está reconociendo que dicha facultad no representa total discrecionalidad, sino que puede ser fiscalizable por el Tribunal Supremo a través de un principio constitucional como es la igualdad.

Por lo que se refiere a la interpretación de dicho principio, el Tribunal Supremo declara que el mismo «sólo tiene aplicación en los casos en los que las personas enjuiciadas se encuentran en las mismas circunstancias y condiciones y la propia ley no establezca diferencia basadas en la misma actuación de alguna de ellas, o por razón de su imputabilidad, culpabilidad o peligrosidad». En este caso sucedía que el Tribunal *a quo* había hecho uso en favor de uno de los procesados de la facultad reconocida en el artículo 344, 3.º, del Código Penal, imponiéndole la pena inferior en un grado a la prevista para ese delito, al estimar que había participado en menor número de hechos delictivos y que su peligrosidad era también menor.

7. *Sentencia de 11 de junio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. Espín Cánovas. Disposiciones consideradas: arts. 9, 1.º y 3.º; 103, 1.º y 106. Repertorio Aranzadi, número 2380.*

Esta es una de las sentencias, bastante numerosas, en que la Constitución se invoca, *secundum lege*, para confirmar soluciones ya obtenidas de la legislación vigente. El problema planteado se centraba en determinar si una sociedad dedicada al transporte se hallaba o no exenta en el impuesto de tráfico de las empresas, apareciendo una contradicción entre dos normas de diferente rango jerárquico (Ley-Reglamento), que la Sala III resuelve, lógicamente, en favor de la superior, «pues así lo impone el principio de legalidad que consagra la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en su artículo 26», y que «en la actualidad encuentra su máxima expresión en la vigente Constitución de 1978...». La cita preferente de la Ley de Régimen Jurídico, aunque carece de toda trascendencia práctica, no deja de ser significativa, sobre todo en este caso, en que se dilucida un problema sustancialmente constitucional. El principio de legalidad o las reservas de ley incluidas en un texto legal no dejan de tener un valor muy relativo, ya que representan un elemento principal del esquema de fuentes, o sea, forman parte de aquella norma que tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales (Cons-

titución material de Kelsen). La norma que dice que la decisión de un órgano (Parlamento) es superior a la decisión de otro (Gobierno) es una norma que, para lograr su pleno respeto, ha de situarse necesariamente por encima de ambos órganos, es decir, ha de transformar su prioridad material en superioridad formal. De ahí que la Constitución no confirme el principio de legalidad, sino que, en un sentido lógico, lo crea.

8. *Sentencia de 3 de julio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. J. I. Jiménez Hernández. Disposiciones consideradas: arts. 10, 2; 22; 53, 1.º; 81, 1.º; 161, 1, a); derogatoria tercera. Repertorio Aranzadi, núm. 3182.*

Esta sentencia y la que comentamos seguidamente son, tal vez, las más relevantes de la jurisprudencia constitucional de 1979, tanto por el asunto debatido, referente a un derecho fundamental que la Constitución contempla desde una perspectiva innovadora, como por la claridad y rigor de sus considerandos, que ofrecen una doctrina firme sobre la competencia de la Jurisdicción para aplicar los preceptos constitucionales opuestos a la legislación vigente y que establecen los criterios esenciales del nuevo Derecho de asociaciones, de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución. Las dos sentencias tienen su origen en sendos fallos de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979 (11), que, a su vez, anulaban dos resoluciones de la Dirección General de Política Interior, en las que se denegaba la inscripción en el Registro de Asociaciones de las sociedades masónicas «Grande Oriente Español (Masonería española simbólica regular)» y «Grande Oriente Español Unido». Por su temática, el derecho de asociación y el control de su ejercicio, y por su depurada técnica y valor jurídico, las decisiones de la Sala IV bien pueden compararse con la famosa resolución del Consejo Constitucional francés de 16 de julio de 1971 (12).

(11) Ponente, F. LEDESMA BARTRET. Vid. el inteligente comentario de SÁNCHEZ MORÓN, *La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociaciones*, cit.

(12) Aquel asunto tuvo también su origen en la negativa del Ministerio del Interior a inscribir o extender la certificación de declaración de la asociación «Les Amis de la Cause du Peuple», solicitada al amparo de la vieja ley francesa sobre el «contrato de asociación» de 1901. La literatura francesa sobre libertades públicas se ha ocupado con frecuencia y detenimiento de esta importante decisión. Vid. en castellano el trabajo de PECES-BARBA: «La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional», en *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 101 y ss., publicado antes en el *Boletín Informativo de Ciencia Política*, núm. 9, Madrid, abril 1972.

En este primer procedimiento, la oposición de la Abogacía del Estado giraba en torno a dos argumentos principales, a saber: la necesidad de un desarrollo legislativo de los derechos del capítulo II, cuya tutela habrá de obtenerse a través del artículo 161, 1.º, *a)*, y el carácter secreto de la masonería. El primer motivo, según se deduce de los considerandos de la sentencia, aparecía formulado con bastante sutileza, ya que, sin aludir al pretendido carácter programático de los preceptos constitucionales, insistía en la necesidad de una ley que precisase los límites del Derecho, ajustándose al esquema formal del artículo 81 (Ley Orgánica). Con ello, parece que quisiese hacer referencia a la inconstitucionalidad formal de la legislación vigente, que, como es lógico, no se acomoda al sistema de fuentes diseñado en la Constitución; pero, según vimos en el epígrafe anterior, un principio de conservación del ordenamiento exige sostener la legitimidad de esa normativa, ya porque estimemos que existe una novación de la fuente de validez, ya porque aceptemos la presencia de una habilitación supuesta. En cualquier caso, la sentencia comentada no se detiene en este problema, declarando sencillamente que el punto de vista de la Administración «responde a una vieja concepción constitucionalista no recogida en el actual texto básico», ya que «no es necesario acudir a la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida..., por cuanto el punto tercero de la disposición derogatoria de ésta (la Constitución) deja sin efecto cuantas disposiciones se le opongan, y aunque es cierto que ello constituye una innovación en el Derecho constitucional, no por ello puede dejar de reconocerse eficacia inmediata al citado texto derogatorio, el cual lleva, como causa ésta obligada, la aplicación directa de la norma constitucional en todo cuanto ello sea necesario para que el ordenamiento jurídico español siga siendo el todo coherente y absoluto que se deduce del actual párrafo final del artículo 1.º del Código Civil, donde se impone a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido».

Ya nos ocupamos en el epígrafe anterior de este problema, pero conviene decir ahora que la tesis de la Sala IV resulta aún más clara cuando se trata de la aplicación de derechos fundamentales, no sólo porque el mandato del artículo 9.º, 1, se vea reforzado por lo establecido en el artículo 53 en relación con las libertades del capítulo primero, sino además porque, acudiendo a un argumento más práctico, el agotamiento de la vía judicial constituye un requisito previo a la

interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, según se desprende de los artículos 43, 1.º; 44, 1.º, a), y disposición transitoria segunda de su Ley Orgánica. Lógicamente, la efectividad de dicho recurso no requiere el desarrollo legislativo de los derechos, aunque sólo sea porque con él se tutelan las libertades tal y como resultan de la Constitución y no de la ley, por lo que el juez ordinario, cuya decisión representa un paso previo a la presentación del recurso, tampoco puede justificarse en la falta de regulación legal para denegar la protección del Derecho. Es más, debemos señalar que esa regulación legal satisface, según la sentencia, un papel bastante modesto. El derecho fundamental declarado en la Constitución es un derecho existente y completo, cuyo desarrollo «sólo resulta imprescindible para concretar más detalladamente los límites genéricamente establecidos por el artículo 22». Parece, pues, que la Sala casi identifica ley con limitación, lo que denota una concepción liberal de los derechos fundamentales y también de la propia ley, que se entiende como el sacrificio necesario de un ámbito de inmunidad cuya existencia sólo exige que se declare o reconozca, pero no que se reglamente (13). Este punto de vista, sin duda correcto en el caso que nos ocupa, no debe, sin embargo, extenderse a todos los derechos fundamentales; el desarrollo legislativo no siempre se concreta en una limitación, sino que muchas veces representa una necesidad para la plena realización del Derecho, sobre todo cuando éste genera una obligación de contenido positivo (14).

En cuanto a la invocación del artículo 161, 1.º, a), como procedimiento específico de tutela, debemos reconocer que se funda en la propia redacción del artículo 53, 1.º, de la Constitución, que innece-

(13) La idea de los derechos fundamentales como «ausencia de Derecho» goza de larga tradición en el pensamiento jurídico moderno y, sin duda, cuenta con una apoyatura firme en la filosofía liberal. Ya HOBBS dijo que «la libertad de un súbdito yace por eso sólo en aquellas cosas que al regular sus acciones el soberano ha omitido», es decir, que «allí donde el soberano no ha prescrito regla, el súbdito tiene libertad de hacer o no hacer con arreglo a su propio criterio». Véase *Leviatán*, edición de C. MOYA y A. ESCOBARDO, Ed. Nacional, Madrid, 1979, segunda parte, cap. XXI, pp. 302 y 308. En *De Cive* HOBBS llama la atención sobre un principio que habría de tener gran éxito en el pensamiento jurídico liberal: «cuando las leyes son demasiado numerosas, es inevitable que los ciudadanos caigan en las leyes como en trampas tendidas a la libertad inofensiva...», *Del ciudadano*, trad. de A. CATRYSE, Inst. de Estudios Políticos, Caracas, 1966, página 213.

(14) La Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, todavía se mantiene en esa concepción liberal (*vid.* art. 19). En cambio, el precepto español (art. 53) ya no habla de restricción o limitación, sino de regulación.

sariamente recuerda que los derechos del capítulo II «se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1.º, a)», es decir, mediante el recurso de inconstitucionalidad contra leyes que, como es sabido, no reconoce legitimidad al titular del derecho subjetivo. Aunque la referencia constitucional es perturbadora, no parece que pueda desvirtuar el claro tenor del número 2 del propio artículo 53, que otorga al derecho de asociación (sección 1.ª del capítulo II) la garantía del recurso de amparo y del procedimiento preferente y sumario, regulado provisionalmente en la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales (art. 1.º, 2.º), que será la aplicada en este proceso. Indiquemos que la sentencia, con buen criterio, declara que el artículo 161, 1, a), no guarda relación con el problema debatido.

Finalmente, el tercer considerando de la sentencia procura determinar las condiciones que ha de reunir el ejercicio del derecho de asociación, esto es, su régimen jurídico a la luz del texto constitucional y de los tratados internacionales, que, según el artículo 10, 2, deberán ser tomados en consideración para interpretar las normas relativas a derechos fundamentales. Llama la atención que esta sentencia, como otras varias del Tribunal Supremo, alude al artículo 10, 2, y, en cambio, no lo haga al más eficaz, artículo 96, 1.º; no es ocasión de detenerse en la crítica de ambos preceptos, que, por razones distintas, juzgamos insatisfactorios, pero parece evidente que la invocación de textos internacionales ratificados por España resultará siempre más vigorosa a través del artículo 96, al establecer que forman parte del ordenamiento jurídico español, que mediante la simple cláusula interpretativa del artículo 10, 2.

En cualquier caso, la sentencia considera que dicha normativa, entre la que no se menciona la Ley de Asociaciones de 1964, reconoce «el derecho de asociación en su sentido más amplio», de tal forma que «la regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho y la excepción su exclusión, debiéndose aplicar éstas —las exclusiones— con criterio restrictivo, partiendo para ello siempre de su establecimiento legal». Esta actitud, confiada y permisiva, ante el ejercicio de un derecho fundamental, resulta sin duda contradictoria con el régimen cauteloso y temeroso que caracterizaba a la legislación precedente. De ahí que la libertad asociativa sólo pueda ser yugulada «a través de una declaración judicial de ilegalidad o de hallarse el caso incurrido en algún supuesto de prohibición expresa, lo cual es tanto como se-

ñar que la inscripción registral prevista por el artículo 22 de la Constitución habrá de practicarse tan pronto como consten los datos que señala el párrafo 2 del artículo 3.º de la Ley de 1964 y el acta de constitución a que se refiere el párrafo 1.º del mismo texto, sin posibilidad de denegación...». Se reconoce así que el sistema preventivo de control del ejercicio de los derechos fundamentales o, al menos, del de asociación, ha sido reemplazado por un sistema represivo; cuestión en la que insiste con más detalle la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo, que seguidamente comentamos.

9. *Sentencia de 3 de julio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. E. Díaz Eimil. Disposiciones consideradas: artículos 10, 2.º; 22; 53, 1.º; 81, 1.º; 161, 1.º, a), y disposición derogatoria tercera. Repertorio Aranzadi, núm. 3183.*

Esta sentencia resuelve un problema análogo al descrito en la comentada anteriormente, pero, sin embargo, no se reproducen los mismos considerandos; en realidad, el fallo del Tribunal Supremo sólo consta de un considerando, en el que, tras confirmar los puntos de vista de la Audiencia Nacional, se elogia su argumentación, «tan correcta y exhaustiva», que hace innecesarias otras reflexiones. Centre-mos, pues, nuestra atención en la referida sentencia del Tribunal inferior de 10 de mayo de 1979.

En primer lugar, constata la Audiencia Nacional que el de asociación es un derecho fundamental de la persona reconocido en la Constitución (art. 22) y tutelado por los jueces y tribunales ordinarios (art. 53, 2, en relación con los arts. 9.º, 2, y 24) mediante un procedimiento preferente y sumario, regulado hoy en la ya conocida Ley 62/1978, de 26 de diciembre. La constatación no es, como pudiera parecer, innecesaria, pues destaca que los derechos fundamentales declarados en la ley básica son ya derechos jurídicamente exigibles, lo que excluye el desarrollo legislativo como mediación necesaria, y que esa exigibilidad debe realizarse a través de los jueces ordinarios, como se deduce de los preceptos citados en la sentencia: el artículo 53, 2, que ofrece cobertura constitucional al recurso preferente y sumario, y el artículo 24, que garantiza el derecho a la jurisdicción, esto es, un derecho subjetivo en sentido técnico que se dirige a obtener la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, en

este caso, del derecho fundamental de asociación. La mención del artículo 9.º, 2, es, sin embargo, mucho más sorprendente, pues en él se recoge una función promocional y no de garantía, que impone a los poderes públicos un mandato finalista: promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Aunque citar este precepto no parecía imprescindible, a fin de justificar la competencia del Tribunal en la defensa del derecho, es cierto que recordar los artículos del título preliminar resulta siempre útil para ofrecer una imagen completa de los objetivos que debe satisfacer la actuación de los poderes públicos.

Como ya vimos en la sentencia anterior, el régimen jurídico de las asociaciones no se obtiene de la vieja Ley de 1964, sin perjuicio de que ésta pueda seguir regulando aspectos marginales del derecho, sino que deriva principalmente del artículo 22 de la Constitución y de los textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, citando en particular la Declaración Universal, que figura de forma expresa en el artículo 10, 2, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También aquí la Audiencia prefiere acudir a la cláusula interpretativa del artículo 10, 2, que al artículo 96, 1.º, precepto este último que ni siquiera se invoca, pese a ofrecer una más rotunda integración de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico. De la exégesis de esta normativa resulta, según la sentencia, «que la regla general ha de ser el ejercicio del derecho de asociación, debiéndose aplicar con criterio restrictivo las limitaciones al mismo, pues nos encontramos ante uno de los derechos que más contribuyen a la plena realización de la dimensión social de la persona humana». Digamos que este punto de vista se acomoda perfectamente a lo establecido en el artículo 22 del Pacto de Derecho Civiles y en el 11, 2, de la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950.

El tercer considerando de la sentencia se dedica a declarar derogadas cuantas normas se opongan a las disposiciones constitucionales, si bien aquí no se alude a la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida, como vimos que hacía el fallo anterior; sencillamente, se aplica la derogatoria tercera de la Constitución, prescindiendo de toda la problemática sobre validez y vigencia.

Pero, a nuestro juicio, la aportación más interesante de esta sentencia consiste en haber acogido, de acuerdo con la Constitución, un nuevo sistema de control del ejercicio del derecho de asociación. Fren-

te al régimen de autorización previa consagrado en la antigua Ley de 1964, hoy la inscripción en el Registro de Asociaciones se verifica «a los solos efectos de publicidad, lo que significa que la personalidad jurídica de la asociación se produce antes de la inscripción y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores, sin que la Administración esté habilitada para realizar (*ex ante*) una valoración de la licitud o de la determinación de los fines y de los medios expresados en los Estatutos...». Con ello, el sistema preventivo o de «libertad retenida» (15) debe considerarse derogado y sustituido por una forma de control *a posteriori* (represivo) que, sin duda, es mucho más respetuoso con los derechos fundamentales, pues, como señala RIVERO (16), el régimen de previa autorización condena al particular a la incertidumbre y hace posible actuaciones discriminatorias por parte de la autoridad gubernativa, que es, además, el poder del Estado menos favorable a las libertades. En este aspecto, junto a la Ley de Asociaciones de 1964, deben considerarse modificadas las más recientes de asociación sindical (17) y de partidos políticos (18), que, si bien establecen un régimen intermedio que concede la última palabra a la autoridad judicial, condicionan la adquisición de personalidad jurídica a la previa inscripción (19).

De acuerdo con el artículo 22, 3, la inscripción se realiza «a los solos efectos de publicidad». Ahora bien, ¿este régimen se aplica a cualquier asociación? Aunque la Ley Fundamental no distingue, conviene indicar que la nueva Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 24 de julio de 1980, en su artículo 5.º, 1, establece que «las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público...». Este precepto nos parece de dudosa constitucionalidad, porque, si bien la Constitución se refiere a las Iglesias y confesiones en el artículo 16, separadamente de las asociaciones (art. 22), parece

(15) Vid. LIVET, P.: *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, LGDJ, París, 1974, p. 25.

(16) RIVERO, J.: *Les libertés publiques. Les droits de l'homme*, PUF, 2.ª ed., París, 1978, pp. 186 y 200 y ss.

(17) Ley 19/1977, de 4 de abril.

(18) Ley 54/1978, de 8 de diciembre.

(19) En realidad, la Ley de Partidos (arts. 2.º y 3.º) y la de asociación sindical (art. 3.º) puede decirse que establecen una fiscalización preventiva, pero que no depende de la Administración, sino de los jueces, ya que si la autoridad gubernativa aprecia causa de ilicitud deberá poner el asunto en conocimiento del Ministerio Fiscal, que puede acordar la devolución al Registro (partidos), o directamente del juez (sindicatos).

que el régimen jurídico de aquéllas debe respetar el sistema de control que con carácter general establece el artículo 22, pues, con todas las peculiaridades que se quiera, las confesiones son, para el Derecho del Estado, una clase especial de asociaciones. En concreto, parece razonable que la Ley Orgánica citada establezca algunos requisitos específicos, relativos sobre todo a la finalidad religiosa, que sirvan para distinguir las asociaciones de las confesiones, pero no se explica que las consecuencias de la inscripción sean también diversas. ¿Puede la autoridad gubernativa denegar la inscripción? Según la sentencia comentada, ello no es posible, porque esa inscripción se realiza sólo a efectos de publicidad; de donde cabe deducir, *a sensu contrario*, que en el supuesto de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa sí es factible. En realidad, las facultades de la autoridad y los efectos de la inscripción son problemas diferentes, pero lo cierto es que la Ley Orgánica sólo resuelve el segundo, ya que nada dice acerca de la posible negativa a verificar la inscripción; por ello, estimamos que debe aplicarse el sistema común o general. Debe indicarse, no obstante, que se trata de un Registro especial para las confesiones, de manera que siempre cabe intentar la inscripción al amparo de la normativa general cuando el motivo de oposición sea, por ejemplo, la inexistencia de finalidad religiosa u otro análogo que no incida en ilicitud penal, aunque lógicamente ello tenga consecuencias que no es ocasión de comentar (20).

Digamos, por otra parte, que la forma de fiscalización reseñada en la sentencia debe considerarse común a todos los derechos fundamentales, con la excepción destacable de las reuniones en lugares de tránsito público y de las manifestaciones, sometidas a un régimen de comunicación seguida de posible prohibición (art. 21, 2.º) que es análogo al de autorización previa (21). Como es lógico, en el sistema represivo la facultad de disolución o suspensión se atribuye a los jueces y no a la Administración, como previene el artículo 22, 4, y recuerda la sentencia comentada; «pretensiones que podrán ser postu-

(20) Por ejemplo, los acuerdos de cooperación se concluyen con las Iglesias, no con las asociaciones en general.

(21) Según creemos, la diferencia principal se refiere a las consecuencias del silencio, que debe interpretarse negativamente en el caso de autorización y positivamente en el supuesto de comunicación seguida de prohibición. Indiquemos, sin embargo, que la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión, hablaba de «autorización» y no obstante el artículo 5,4 dice que ésta «se entenderá concedida si la resolución no hubiera sido notificada» cinco días antes del señalado para la reunión.

ladas por el representante legal de la Administración cuando aquéllas (las asociaciones), a lo largo de su vida, incidan en alguna de las prohibiciones del artículo 22, 5».

Por último, la sentencia ofrece una interesante doctrina sobre las asociaciones secretas, prohibidas en el artículo 22,5, insistiendo en que la Administración carece de facultades para valorar la legalidad de los fines o de la organización previstos en los Estatutos, que, por otra parte, no es necesario que aparezcan con toda precisión y detalle. Pero, sobre todo, se excluye el carácter secreto de la masonería precisamente por su intentada inscripción, que es la publicidad requerida en el artículo 22. La doctrina nos parece acertada siempre y cuando no se interprete, *a sensu contrario*, que las asociaciones secretas y, por lo tanto, prohibidas son las no inscritas. A nuestro juicio, las asociaciones no inscritas son lícitas, mientras no se pruebe que además son secretas.

10. *Sentencia de 14 de agosto de 1979. Sala de Vacaciones. Ponente, Sr. D. F. Sainz de Robles Rodríguez. Disposiciones consideradas: arts. 10, 2; 20; 53, 2; 81; 105, a) y b). Repertorio Aranzadi, número 4676 (22).*

Se resuelve en esta sentencia un recurso contra el Real Decreto 1439/1979 y contra el acuerdo de supresión de ciertos medios de prensa del Estado. Tal vez su principal interés radica en que la impugnación se acoge a la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (23), razón por la cual el primer considerando se centra en el estudio de este procedimiento especial, al que se considera como satisfacción provisional del artículo 53, es decir, del recurso sumario y preferente conocido como amparo judicial (24), declarando que por ello este proceso «no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no al ejercicio de un derecho fundamental de la persona», de

(22) *Vid.* también, sobre el problema estudiado en esta sentencia, el fallo de la Sala especial de revisión de 4 de febrero de 1980, número 1/80 de nuestro repertorio, 392 del *Aranzadi*.

(23) *Vid.* SERRANO CONTRERAS: *La protección de los derechos fundamentales y el orden contencioso-administrativo*, pp. 373 y s.; LINDE: «La instauración del principio de igualdad entre la Administración pública y los particulares en el proceso contencioso-administrativo: la Ley 62/1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 23.

(24) Más tarde confirmaría esta tesis la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

manera que «los restantes aspectos de la actividad pública... deben quedar reservados para el proceso ordinario de fiscalización y radicalmente apartado de éste». Con ello se pone de relieve que el amparo judicial no es un medio de impugnación cualquiera, sino que se vincula directamente al amparo constitucional. Si las posibilidades del primero fuesen superiores, es evidente que desaparecería la correspondencia entre jurisdicción constitucional y ordinaria, pues aquélla no puede entrar a juzgar cualquier tipo de infracción del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la sentencia, favorable a las tesis de la Administración, no encuentra ninguna dificultad para interpretar el alcance de la libertad de expresión a partir de la preceptiva constitucional y de los convenios internacionales que con frecuencia invoca el Tribunal Supremo al amparo del discutible artículo 10, 2, llegando en este caso a unas conclusiones, jurídicamente irreprochables, pero que bien pudieran calificarse como liberales al considerar el derecho de libre expresión sólo en el aspecto de ámbito de inmunidad; lo que resulta lógico, ya que la libre expresión es uno de aquellos derechos que se resuelven en una obligación de contenido negativo, por lo que su respeto requiere únicamente la abstención del poder público; «evidentemente, dice el considerando sexto, no garantiza el precepto constitucional la disponibilidad de un medio concreto y específico de difusión».

11. *Sentencia de 29 de septiembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Sainz de Robles Rodríguez. Disposiciones consideradas: arts. 27 y 163. Repertorio Aranzadi, número 3179.*

Tiene por objeto esta sentencia el debatido problema de la libertad de enseñanza y, más concretamente, las condiciones que deben observarse para conjugar la libertad de creación de centros y la necesaria fiscalización de los poderes públicos, principios ambos que aparecen tutelados en el artículo 27 del texto constitucional. El proceso se inicia mediante un recurso contra la Orden ministerial de 30 de marzo de 1977, que establecía ciertas limitaciones a los centros docentes que desearan impartir enseñanzas de COU, y que será desestimado por la Sala III. Pese a lo sugestivo del tema y a su indudable trascendencia a la luz del artículo 27, creemos que la sentencia es bastante pobre desde el

punto de vista constitucional, ya que elude entrar en el fondo del problema y en lugar de juzgar la norma administrativa con parámetros constitucionales, estima que la cuestión «radica en saber si las dos limitaciones recogidas en la Orden de 30 de marzo de 1977 se amparan en la Ley General de Educación o en otro texto legal con rango suficiente para ello». No deja de preguntarse si las exigencias legislativas se acomodan o no a la Constitución, pero añadiendo inmediatamente que en todo caso el problema no puede resolverse con ocasión del enjuiciamiento de una norma administrativa de ejecución, «sino sometiendo al control constitucional la propia Ley, lo cual obviamente, no podría hacer ahora esta Sala ni siquiera por la vía indirecta a que alude el artículo 163 de la Constitución, por no existir el Tribunal competente para ello». Dos enseñanzas cabe derivar de este fallo de la Sala III: primero, que no cabe juzgar la inconstitucionalidad de una norma administrativa de ejecución si no es a través del más tortuoso camino del juicio sobre la ley que ofrece cobertura a la Administración, lo que sin duda es cierto cuando la actuación administrativa cuenta, como de hecho debe suceder, con cobertura legal. Segundo, que el problema de la validez de la ley, incluso de la anterior a 1978, habrá de sustanciarse por el camino de la inconstitucionalidad, no a través de la disposición derogatoria tercera. Como ya vimos, esta doctrina dista mucho de ser unánime.

12. *Sentencia de 16 de octubre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Roldán Martínez. Disposición considerada: artículo 105 b). Repertorio Aranzadi, núm. 3369 (25).*

El Tribunal Supremo revoca una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Vizcaya de 30 de enero de 1979 y desestima el recurso interpuesto por una Asociación de vecinos contra resolución del Ministerio de Obras Públicas, confirmatoria de sendos acuerdos de la Junta de Obras del Puerto de Bilbao, que denegaban una solicitud de los vecinos para que se les diese vista de determinados expedientes administrativos ya finalizados, en cuya tramitación no se habían personado los ahora recurrentes. Tras examinar las normas atinentes al caso de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin encontrar en las

(25) Vid. el comentario de esta sentencia en SAINZ MORENO: *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, citado.

mismas base suficiente para satisfacer la pretensión, la sentencia se centra en la exégesis del artículo 105 de la Constitución, que la Sala de Vizcaya había considerado como «argumento definitivo» para estimar el recurso. En este aspecto, el Tribunal Supremo «sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales» opina, sin embargo, que «cuando estos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional dispone que una Ley regule... se está manifestando por el propio legislador que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten...». Se adhiere con ello la sentencia a la tesis ya conocida del valor meramente programático de los preceptos constitucionales, aunque no de todos, sino sólo de aquellos que declaran principios básicos y requieren de forma expresa un desarrollo legal; o sea, que los mandatos al legislador que suelen aparecer en forma de «reservas reforzadas» son sólo eso, mandatos al legislador y no preceptos con vocación transformadora inmediata, como ya tuvimos ocasión de comentar más detenidamente en el epígrafe anterior.

En principio, no puede sorprender que el Tribunal Supremo actúe con cautelas a la hora de aplicar ciertos artículos constitucionales; no sería correcto afirmar que la Constitución se compone de recomendaciones morales, pero tampoco es posible predicar la misma eficacia real para todos los preceptos, no por motivos jurídicos-formales, sino porque su presentación lingüística es muy diversa. Por otra parte, y al margen de que probablemente no todos los mandatos al legislador («la ley regulará...») tienen el mismo alcance y significado, lo cierto es que el desarrollo legislativo no hace posible el ejercicio del derecho, sino que lo organiza y limita, de manera que, hasta que ello suceda, los Tribunales vienen obligados a aplicar el precepto constitucional, aunque sólo sea para interpretar la legislación vigente. Si en el artículo 105 de la Constitución no se encuentra vigor suficiente como para considerar alteradas las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo sobre publicidad de los expedientes (arts. 22, 24, 62 y 63), ello no quiere decir que éstas no deban interpretarse a la luz de la nueva ley fundamental; y es esto precisamente lo que no hace la sentencia comentada.

13. *Auto de 24 de octubre de 1979. Ponente, Sr. D. C. de la Vega Benayas. Disposiciones consideradas: artículos 16 y 32. No publicado* (26).

El Auto de 24 de octubre constituye una de las decisiones más relevantes dentro del capítulo de la secularización de nuestro Derecho matrimonial, tema que estudiaremos con más detenimiento en un próximo comentario, cuando demos noticia de las resoluciones de la Dirección General de los Registros (27). El artículo 14, que establece la igualdad entre todos los españoles; el artículo 16, que proclama la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado; el artículo 32, que a nuestro juicio diseña un sistema de matrimonio civil con libertad de formas (28), y, en definitiva, el propio artículo 1.1.º, que propone un conjunto de valores propios de la sociedad civil, constituyen el fundamento de esa secularización del Derecho matrimonial, respetuoso con aquellas personas que conciben el matrimonio como un acto sacramental, pero que tampoco quiere convertirse en el brazo secular de los postulados morales de ninguna confesión religiosa.

En este sentido, el Auto estima que ha lugar al cumplimiento en España de una sentencia francesa que decretó el divorcio de un matrimonio contraído por súbdito francés y ciudadana española, al considerar que la indisolubilidad del matrimonio ha dejado de formar parte de la noción de orden público opónible a la ejecución en España de una sentencia extranjera. Respondiendo a las objeciones formuladas por el Ministerio Fiscal, el Auto se centra primeramente en la consideración de la cláusula de orden público, que califica de «en extremo sutil, imprecisa e indeterminada», de contenido «móvil, flexible y fluctuante», lo que equivale a decir que con el orden público no se tutelan valores ahistóricos, de pretendido Derecho natural, sino una serie de principios de diversa naturaleza protegidos por el ordenamiento jurídico y que,

(26) El auto aparece reproducido y comentado en el trabajo de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: *Primera sentencia de divorcio exequaturada en España*, cit. *Vid.* también LINDE: *Sentencias y autos del Tribunal Supremo...* cit., p. 252.

(27) Es más, este auto se inspira en los mismos principios que la resolución de la Dirección General de 8 de abril de 1979, que cita expresamente en el quinto considerando.

(28) *Vid.* nuestro trabajo «Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales», en *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pp. 336 y siguiente.

por lo tanto, resultan cambiables como éste. De ahí que, considerando «el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio...» en la actualidad no puede esgrimirse contra la ejecución de la sentencia de divorcio el principio de la indisolubilidad del matrimonio, que ha dejado de ser en España un principio constitucional y que, por lo tanto, ya no debe integrarse en la noción de orden público que «se subsume» en la Constitución.

Dos cuestiones se suscitan al hilo de esta decisión; en primer lugar, si realmente el orden público se subsume en la Constitución o si, por el contrario, es posible obtener del resto del ordenamiento una excepción de esta naturaleza. Probablemente, para delimitar el contenido del orden público, lo más razonable sea atender al conjunto del Derecho español, pero sin olvidar el principio de «interpretación conforme a la Constitución» (29); en este aspecto, no puede olvidarse que la Constitución ha derogado expresamente el artículo 22,1 del Fuero de los Españoles, que consagraba la indisolubilidad del matrimonio, y que el artículo 32,2 al menos deja la puerta abierta a la regulación del divorcio. Por ello no podemos compartir la tesis excesivamente rígida de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE que, sobre la base de que la Constitución no garantiza la regulación del divorcio, pretende obtener de la legislación anterior el principio de orden público de la indisolubilidad del matrimonio. Olvida que, al menos, la Constitución ha derogado la norma que ofrecía cobertura constitucional a esa legislación, sin duda vigente, pero que ha quedado devaluada cuando de lo que se trata es de delimitar ese conjunto de principios jurídicos que son «necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (30). Si esos principios son tan relevantes y necesarios para la conservación del orden social, ¿cómo explicar que uno de ellos, el de la indisolubilidad del matrimonio, haya sido derogado por la Constitución y que ésta incluso oriente al legislador en un sentido contrario? En definitiva, el hecho de que el legislador español pueda regular el divorcio creemos que demuestra que la indisolubilidad ha dejado de ser un principio fundamental y, por tanto, que ha dejado de formar parte de la noción

(29) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, cit., páginas 135 y siguiente.

(30) Sentencia de 5 de abril de 1966.

de orden público interno oponible a la ejecución de la sentencia extranjera.

Por otra parte, que la indisolubilidad ya no es un principio constitucional parece indiscutible, pero lo que ya no aparece tan claro es el sentido del artículo 32,2; la regulación del divorcio ¿es una autorización o un mandato al legislador? La cuestión es en cierto modo secundaria por cuanto el Auto comentado sólo plantea el primer problema, pero sin duda éste quedaría resuelto si, como creemos, el artículo 32,2 ordena al legislador la regulación del divorcio; conclusión que debe obtenerse de la propia lectura del precepto (31) y siempre que no queramos aceptar que la Constitución ha querido referirse a la muerte de los cónyuges como causa de disolución, lo que sería una obviedad (32).

14. *Sentencia de 27 de octubre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. I. Pérez Frade. Disposiciones consideradas: artículos 9,1, 10, 33 y derogatoria tercera. Repertorio Aranzadi, núm. 3841.*

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que había anulado unas actuaciones expropiatorias relativas a la instalación de cables telefónicos en vuelo sobre una propiedad privada, ordenando que se siga el procedimiento previsto en la Ley de Expropiación Forzosa, al estimar que la imposición de la servidumbre constituye un supuesto de expropiación forzosa ya que priva al propietario de «facultades peculiares del dominio, entre ellas las de edificar o cultivar ciertas especies, y negativamente se le obliga a soportar ciertas actividades del dominante».

Para confirmar este criterio, el considerando quinto recuerda las disposiciones del artículo 33 de la Constitución, que si bien «son escasamente innovadoras, por hallarse otras similares en los textos fundamentales precedentemente vigentes... obligan a ser atendidas ahora como de directa aplicación, como lo es la Constitución que las contiene (art. 9.º,1, 10 y disposición derogatoria tercera)...». Pero, la adhesión

(31) «La ley regulará... las causas de separación y disolución y sus efectos.»

(32) Vid. mi trabajo *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales*, cit., p. 344. Vid. también IBAN, I.: «El matrimonio en la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 137 y ss. Una opinión contraria, en NAVARRO VALLS, R.: «El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pp. 135 y ss.

a la tesis de la aplicación directa, con ser importante, no se queda en mera invocación, sino que la Sala III extrae algunas consecuencias de notable interés. Ante todo, que todas «las formas y especies de la propiedad privada» se encuentran bajo la tutela constitucional y que, por lo tanto, aunque no cite el artículo 53,1.º, quedan afectados por la reserva de ley, «pudiendo las leyes regular el procedimiento de expropiación, pero naturalmente las leyes elaboradas por el Parlamento, sin habilitación hacia el poder reglamentario...». Mientras no se proceda al desarrollo legal del artículo 33 ha de procurarse una interpretación coherente de todo el bloque de normas relativas a la garantía de la propiedad y a la expropiación, por lo que la «correspondiente indemnización» del artículo 33 «es concepto que no puede representar otra cosa que el equivalente económico del bien o derecho expropiado, sin que la alteración de los criterios constitucionales, en su caso, pueda hacerse de otro modo que por la ley posterior a la Constitución, caso de que, a su vez, ese equivalente se repute garantizado por el propio texto fundamental». Es decir, que aquí los conceptos constitucionales se interpretan de acuerdo con la legislación vigente, lo que en el caso comentado parece un acierto, al menos hasta que una ley posterior no ofrezca una noción distinta al «justo precio».

Sin embargo, tal vez lo más destacable de este quinto considerando sea la generosa interpretación del artículo 33; primero, porque, como hemos indicado, comprende «todas las formas y especies de la propiedad» y, sobre todo, porque «privación de sus bienes y derechos» se entiende en un sentido bastante amplio, de manera que «no puede discutirse ya que la imposición de una servidumbre constituya la privación de un derecho». No es, pues, una limitación a la propiedad privada, sino privación de un derecho, lo que a nuestro modo de ver supone descomponer el derecho de propiedad en el conjunto de facultades que comprende. Por ejemplo, la imposibilidad de edificar a que se refiere la sentencia comentada representa una «privación de derecho» en el sentido del artículo 33,2 constitucional.

15. *Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Criminal. Ponente, señor don B. Gil Sáez. Disposición considerada: artículo 24. Repertorio Aranzadi, núm. 3814.*

Esta es una de las escasas sentencias de la Sala II que contienen una alusión al texto constitucional. Se trata de un recurso de casación por infracción de ley, que es estimado por el Tribunal Supremo en

base a la violación, entre otros, del artículo 24 de la Constitución, considerando que las diferencias entre penas y medidas de seguridad no pueden justificar en ningún caso que la imposición de estas últimas se realice sin respetar las garantías procesales mínimas recogidas en el artículo 24 de la Constitución. Por lo tanto, aquí el Tribunal Supremo, si bien apoyándose en la legislación ordinaria, lo que hace es interpretar de forma amplia el texto constitucional, al considerar que su artículo 24 se refiere tanto a las penas como a las medidas de seguridad, y aplicarlo directamente, al casar la sentencia por haberse producido indefensión en la imposición de la medida. Punto de vista que nos parece acertado, ya que sin olvidar el distinto fundamento de las penas y de las medidas de seguridad (33), es indudable que las dos categorías se resuelven en una privación o limitación de ciertos bienes jurídicos, que en un Estado de Derecho siempre debe revestirse de todas las garantías procesales y, ante todo, de aquéllas que son consignadas en la Constitución.

16. *Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. E. Díaz Eimil. Disposición considerada: artículo 106,2.º Repertorio Aranzadi, núm. 4014.*

Aunque esta sentencia presenta varios elementos de interés acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración, creemos que desde el punto de vista constitucional su relevancia es escasa, ya que el artículo 106,2.º de la Constitución parece haber confirmado los criterios de la jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Administración. Así lo afirma la sentencia comentada al estimar el recurso de apelación del Ayuntamiento de Madrid contra un fallo de la Audiencia Territorial, que había aceptado parcialmente los argumentos de cierta congregación religiosa contra una decisión del municipio de anular un contrato administrativo. El Tribunal Supremo, tras argumentar el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, señala que, no obstante, es preciso que los daños y perjuicios «no tengan su

(33) *Vid.* sobre este tema BARBERO SANTOS, M.: *Marginación social y Derecho represivo*, Boch, Barcelona, 1980, donde se recogen artículos publicados anteriormente relativos a las medidas de seguridad y a la Ley de Peligrosidad Social, así como un trabajo sobre el tratamiento de estas cuestiones en el proyecto de Código Penal. *Vid.* también JORCE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976.

origen en la propia conducta del reclamante», ya que entonces «por muy generosa que sea la aplicación del criterio objetivo, no puede en forma alguna configurarse como determinante de la responsabilidad patrimonial administrativa en cuanto que entraña la usencia y ruptura del nexo causal entre el daño producido y el actuar de los entes públicos, que es precisamente la razón especial que justifica la atribución a dichos entes públicos de la citada responsabilidad».

17. *Auto de 26 de noviembre de 1979. Civil. Ponente, Sr. D. J. Castro García. Disposición considerada: artículo 39,2. Repertorio Aranzadi, núm. 3855.*

En este Auto, que deniega la ejecución en España de una sentencia francesa relativa al derecho de alimentos, se contiene una argumentación muy alejada de los criterios que la Dirección General de los Registros y el propio Tribunal Supremo mantuvieron con motivo de otros pleitos referentes al Derecho de Familia y en los que también aparecían implicados problemas constitucionales (34). Al margen de otras consideraciones que no procede señalar, el Tribunal Supremo explica que «tratándose de cuestión que por afectar a una relación biológica paterno-filial atañe en alguna medida al orden público interno del Estado requerido, ya que no ha sido desarrollada todavía la norma programática del artículo 39, párrafo 2.º, proposición segunda, de la Constitución española, el reconocimiento de la resolución, y los efectos pretendidos serán denegados...».

Con escaso acierto, la decisión comentada confunde dos temas por completo diferentes. Por una parte, afirma que la norma del artículo 39,2 tiene carácter programático, lo que sin duda es cierto en el sentido de que requiere un desarrollo legal para que dicho precepto genere derechos subjetivos alegables ante la Jurisdicción ordinaria, lo que no quiere decir que «su reconocimiento, respeto y protección» no deba informar la práctica judicial desde el mismo instante de la entrada en vigor de la Constitución, de acuerdo con lo que establece el artículo 53,3;

(34) *Vid.* la resolución de la Dirección General de 6 de abril de 1979, que será objeto de comentario en un próximo número. Del Tribunal Supremo destaca el auto de 24 de octubre de 1979, número 13/79 de nuestro repertorio.

por el contrario, el capítulo III del título primero es, según explicamos, de aplicación inmediata en la medida que lo admitan sus preceptos. El artículo 39,2 no hace posible hoy la investigación de la paternidad; su carácter programático consiste precisamente en encomendar a la ley esa tarea. Pero, frente a lo que supone la decisión comentada, los preceptos programáticos también son jurídicos y satisfacen un papel relevante en la interpretación del ordenamiento. Al menos, en nuestro caso, el artículo 39,2 supone que la «relación biológica paterno-filial» ya no puede invocarse como motivo de orden público interno que impida la ejecución de una sentencia extranjera. La Constitución no hace hoy posible la investigación de la paternidad y la ley podrá regularla en el futuro de una u otra forma, pero parece cierto que el hecho mismo de la investigación ya no puede considerarse como una práctica contraria a nuestro orden público, precisamente porque éste se compone de nociones fundamentales y carecería de sentido que la investigación de la paternidad fuese oponible a la ejecución de una sentencia y, al mismo tiempo, su regulación, que según el texto constitucional ha de «posibilitarla», represente un mandato al legislador. En este aspecto, y aunque ahora la tesis del Tribunal Supremo es contraria a nuestro punto de vista, nos remitimos al comentario del Auto de 24 de octubre de 1979, que versaba también sobre la ejecución de una sentencia francesa, invocándose entonces la indisolubilidad del matrimonio como motivo de orden público, lo que con acierto sería rechazado por el Tribunal. En cualquier caso, se pone de relieve la falta de unanimidad de la jurisprudencia en este punto, pues el mandato del artículo 32 de la Constitución no parece en modo alguno más vigoroso u obligatorio que el del artículo 39,2, inciso segundo.

18. *Sentencia de 6 de diciembre de 1979. Civil. Ponente, señor don J. Castro García. Disposición considerada: artículo 28,1.º Repertorio Aranzadi, núm. 4117.*

Esta sentencia viene a confirmar en lo fundamental la doctrina de la Sala I establecida en un fallo de 11 de abril de 1979 (35) acerca del derecho de libertad sindical; entonces se denegaba el ejercicio del de-

(35) Número 4/79 de nuestro repertorio; 1397 del Aranzadi.

recho a fundar sindicatos a los pensionistas y en esta ocasión se hace lo propio en relación con los desempleados. En ambos casos, el Tribunal Supremo escinde el concepto de libertad sindical, reconociendo el derecho de unos y otros a permanecer en el sindicato al que perteneciesen cuando fueron profesionales activos, así como el derecho a afiliarse a cualquiera de los existentes; pero no la facultad de crear un sindicato específico de pensionistas o desempleados. Nos remitimos, pues, al comentario de la sentencia de 11 de abril, no sin indicar que en el caso de los desempleados la tesis del Tribunal Supremo parece más discutible. Incluso es preciso recordar que del primer fallo bien podía deducirse que el derecho a fundar sindicatos alcanzaba a los desempleados: «el Sindicato habrá de asociar, en rigor, a los que lo sean (trabajadores) por cuenta ajena y, por consiguiente, a personas ligadas al empresario por contrato de trabajo», y añadía entonces la Sala I, «aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo». Sin embargo, en la sentencia de diciembre, tras reproducirse literalmente esas palabras, se matiza exigiendo que «siempre que esta circunstancia (el desempleo) no se convierta en nota definitiva o requisito necesario para el ejercicio del derecho de sindicación». La doctrina que cabe obtener de ambas sentencias no parece la más adecuada con el tenor del texto constitucional, ya que, según parece, los desempleados pueden fundar sindicatos siempre que en sus estatutos no hagan del desempleo una circunstancia esencial para la afiliación, mientras que, en cambio, los pensionistas no podrían en modo alguno fundar sindicatos, aun cuando admitiesen la adhesión de trabajadores en activo.

Parece, en consecuencia, que la ilicitud en el caso de los pensionistas deriva de su no vinculación a un empresario, ni siquiera potencial, mediante contrato de trabajo. La ilicitud en el caso de los parados parece fundarse, aunque no se diga, en una discutible interpretación del principio de igualdad: pueden fundar sindicatos, pero no exigir la condición de desempleado para adherirse al mismo. Y esto es precisamente lo que no se comprende, pues si el criterio de la rama o actividad profesional constituye un elemento lícito para condicionar la afiliación, de modo que, por ejemplo, en un sindicato de mineros no pueden figurar trabajadores de otra clase, no parece tampoco que la situación de desempleo sea un elemento que vulnere el principio de igualdad, y que, por lo tanto, no pueda establecerse como criterio definidor de un sindicato.

19. *Sentencia de 7 de diciembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. J. I. Jiménez Hernández. Disposiciones consideradas: artículo 22. Repertorio Aranzadi, núm. 4353.*

La Sala IV estima el recurso interpuesto contra una resolución de la Dirección General de Seguridad de febrero de 1975 en la que se denegaba la solicitud de adaptación de los Estatutos del «Club de Amigos de la UNESCO» a la Ley de 24 de diciembre de 1964. La sentencia rechaza que los fines de la asociación sean ilícitos o indeterminados, entre otros motivos porque se circunscriben a los señalados en el artículo 1.º de la Constitución de la UNESCO, a la que el Estado español tiene prestada su adhesión desde 1952. Añade la sentencia que la estimación del recurso viene propugnada en el momento actual «por la nueva situación constitucional imperante desde el 27 de diciembre de 1978», de forma que «la aprobación ministerial no es en la actualidad necesaria y el registro de los estatutos tendrá efecto de mera publicidad, según señala el párrafo 3.º del artículo 22 de la Constitución». En síntesis, se viene a confirmar la doctrina del Tribunal Supremo sobre el nuevo Derecho de asociaciones, establecida en las sentencias de 3 de julio de 1979 sobre la inscripción de dos sociedades masónicas, que son expresamente invocadas por ésta de 7 de diciembre. Nos remitimos, pues, al comentario de aquellas decisiones (36).

20. *Sentencia de 15 de diciembre de 1979. Civil. Ponente, señor don J. Castro García. Disposición considerada: artículo 28,1.º Repertorio Aranzadi, núm. 4361.*

Esta decisión de la Sala I declara la ilicitud de un sindicato constituido exclusivamente por pensionistas; se trata, concretamente, de la «Asociación de Pensionistas y Jubilados de la provincia de Castellón», que pretendía ampararse en la Ley 19/1977, de 1 de abril. Los razonamientos del Tribunal son por completo similares a los de la sentencia de 11 de abril, a cuyo comentario nos remitimos (37).

(36) Números 8/79 y 9/79 de nuestro repertorio; 3182 y 3183 del *Aranzadi*.

(37) Número 4/79 de nuestro repertorio; 1397 del *Aranzadi*. Vid. también la sentencia de 6 de diciembre de 1979, número 18/79 de nuestro repertorio; 4117 del *Aranzadi*.

21. *Sentencia de 24 de diciembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. M. Sainz Arenas. Disposición considerada: artículo 86. Repertorio Aranzadi, núm. 4427.*

Esta sentencia de 24 de diciembre tiene tal vez más interés por lo que omite que por sus consideraciones expresas. Su objeto se circunscribe a juzgar la legitimidad de un Decreto-ley de 26 de junio de 1971 que calificó a la industria Altos Hornos del Mediterráneo de interés preferente, concediéndola los beneficios de la Ley 152/1963, de 2 de diciembre, en su grado máximo, incluso los relativos a los tributos locales, que serán la principal causa del recurso jurisdiccional. Sin juzgar ahora la constitucionalidad de una Ley y de un Decreto-ley que de modo directo afectan a las haciendas locales, juicio que tampoco realiza la sentencia, pero que bien pudiera hacer, ya que al menos parece discutible a la vista de la proclamada autonomía de los municipios y provincias (arts. 140 y 141), destaca en este fallo que el Tribunal no se haya detenido en el análisis del artículo 86 a fin de concretar si el Decreto-ley impugnado se ajusta o no a lo prescrito en dicho artículo. Por el contrario, lo único que se hace, en un análisis puramente formal, es constatar que tras la entrada en vigor de la Constitución, los Decretos-leyes siguen teniendo valor de Ley, pero sin plantear siquiera si el ámbito material del Decreto-ley de 1971 es hoy una cuestión susceptible de ser regulada mediante tal instrumento normativo. Con ello, el Tribunal Supremo ha perdido una buena oportunidad de sentar doctrina acerca del alcance invalidante o derogatorio de los preceptos constitucionales que organizan el sistema de fuentes, problema del que nos ocupamos en un epígrafe anterior.

(Continuará.)

CRONICA PARLAMENTARIA

